

EL INFORME VALECH Y LA TORTURA MASIVA Y SISTEMÁTICA COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD COMETIDO EN CHILE DURANTE EL RÉGIMEN MILITAR

**Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional.
Apuntes a propósito de la obra de Kai Ambos: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts***

Jean Pierre Matus A.

*Profesor de Derecho Penal. Universidad de Talca***

MATUS A., Jean Pierre. El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional. Apuntes a propósito de la obra de Kai Ambos: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-07, p. 07:1-07:39. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-07.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-07 (2005), 15 jul]

RESUMEN: En este artículo se reseña el texto del Prof. Dr. Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* y, al mismo tiempo, se propone la aplicación de los principales resultados de esa obra para un eventual enjuiciamiento de la tortura masiva y sistemática aplicada en Chile entre 1973 y 1990, tal y como se describe en el Informe de la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura (Informe Valech). Así, se comienza explicando y analizando la sistematización propuesta por Ambos para una parte general del derecho penal internacional, luego se analiza la tortura como crimen contra la humanidad, sujeto a las reglas del derecho penal internacional. En este apartado se determinan sus elementos principales (el carácter masivo y sistemático), el Tribunal competente en Chile para conocer de estas causas y el procedimiento aplicable. A continuación se describen los hechos, tal y como se dieron a

conocer en el Informe Valech, que permiten concluir que en Chile se aplicó la tortura de manera masiva y sistemática durante el régimen militar, favorecida por éste, mediante el establecimiento de una “maquinaria” de represión “legalizada”. Enseguida, se determina la existencia de una responsabilidad penal internacional individual derivada de estos hechos, para, a continuación, pasar a analizar los principales problemas de la parte general del derecho penal internacional que se presentarían en el caso de juzgarse tales responsabilidades individuales, siguiendo el esquema de análisis en dos niveles propuesto por Kai Ambos, a saber, discutiendo primero los presupuestos objetivos y subjetivos de esa responsabilidad, para finalizar analizando las principales defensas que podrían oponerse por los eventuales acusados.

PALABRAS CLAVES: Tortura, Chile, Informe Valech, derecho penal internacional, crímenes contra la humanidad, consejos de guerra, tribunales militares, poder judicial, responsabilidad por el mando, irretroactividad, amnistía, prescripción.

Fecha de recepción: 26 abril 2005

Fecha aceptación: 1 julio 2005

Fecha de publicación: 15 julio 2005

** Abogado PUC. Mg. y Dr. en Derecho por la U. Autónoma de Barcelona. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Director del Centro de Estudios de Derecho Penal del Campus Santiago de dicha Universidad.



SUMARIO: I. La sistematización de una Parte General del Derecho Penal Internacional. II. La tortura como crimen contra la humanidad, sujeto a las reglas del derecho penal internacional. III. La tortura masiva y sistemática. Crimen contra la humanidad cometido en Chile. IV. La responsabilidad penal internacional individual por los crímenes contra la humanidad cometidos en Chile. V. Análisis de los principales problemas de la Parte General del Derecho Penal Internacional que acarrearía la persecución de los crímenes contra la humanidad cometidos en Chile, conforme a la estructura del modelo propuesto por el Prof. Ambos. 1. Responsabilidad individual. 2. Defensas.

I. La sistematización de una Parte General del Derecho Penal Internacional.

1. El Prof. Dr. Kai Ambos, cuya prolífica obra con relación al Derecho Penal Internacional y a otras materias dogmáticas es de sobra conocida entre nosotros¹, me ha concedido el honor de permitirme reseñar la segunda edición de su trabajo de Habilitación para asumir una cátedra universitaria en el sistema alemán, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*².

Aunque, como señala el propio autor en su prólogo, la obra reseñada no se trata propiamente de una nueva edición, con cambios sustantivos al trabajo original, publicado en 2002³, sino más bien de una reimpresión motivada por la extraordinaria acogida que tuvo la primera en Alemania y en el resto del mundo⁴, no es esto un demérito de la obra ni mucho menos, sino al contrario, es muestra de su gran valor teórico y práctico: “el libro de Ambos provee todo un cúmulo de material en un formato fácilmente accesible... su abordaje es extremadamente útil para juristas... El panorama comparado exacto y confiable del autor sobre los desarrollos en el Derecho Penal Internacional convierte al libro en una herramienta exhaustiva para jueces, fiscales,

¹ Por mencionar sólo algunos de sus estudios y libros individuales publicados en castellano, pueden consultarse los siguientes (una completa bibliografía del autor se encuentra en www.jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Person/Veroeffentlichungen.html):

- *Terrorismo y Ley: RFA, Gran Bretaña, Perú y Colombia*. Lima, 1989, 186 pp.
- *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empirico legal sobre Colombia, Peru, Bolivia, Chile y Argentina*. Medellín/Lima/Buenos Aires, 1997, 540 pp.
- *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*. Bogotá, 1998, 125pp.
- *Control de Drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa*. Eficacia y Alternativas. Bogotá, 1998, 466 pp.

- „Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder“, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 20*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, 75 pp.

- „Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro“, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 21*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, 56 pp.

- *Impunidad y Derecho Penal Internacional. 2. edición actualizada y revisada*. Buenos Aires, 1999, 479 pp.
- *El Nuevo Derecho Penal Internacional*. Lima, 2004, 805pp.
- *La Corte Penal Internacional* San José de Costa Rica, 2003, 231 pp.
- *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional*. Bogotá, 2004, 264 pp.

² Ambos, Kai: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 2004. Todas las citas que se hacen en el texto a números de páginas sin otra indicación corresponden a esta obra.

³ Ambos, Kai: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*. Berlin: Duncker und Humblot, 2002.

⁴ Esencialmente, como anticipa el propio autor en su prólogo a la segunda edición, desde el punto de vista de los principios aplicables, no ha existido un cambio que imponga una revisión profunda de los resultados de la investigación original, siendo el suceso más notable la entrada en vigor del Estatuto de Roma de 1998, constitutivo de la Corte Penal Internacional (01.07.2002),

abogados defensores y especialistas”⁵. Como señala Roxin en su propia reseña del texto: “para encarar un trabajo de esta naturaleza... es preciso ser un especialista cualificado en derecho comparado y dominar al menos los principales idiomas europeos. Ambos hace justicia al elevado nivel de expectativas que plantea semejante proyecto de trabajo en forma digna de máximo reconocimiento ... en suma, el autor ofrece considerablemente más que los ‘esbozos’ que él mismo promete. Su libro es el primer esbozo de una teoría general del delito en el campo del derecho penal internacional, del cual deben partir todos los trabajos posteriores. Se trata de una obra pionera”⁶.

2. Sin duda, este valor fundacional de la obra ha llevado a que ya exista una traducción parcial al castellano de la misma (de los 22 párrafos de la versión original comprende sólo los §§ 1, 7, 8, 10, 11, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22)⁷, pero que, de todos modos, tiene un gran valor en sí misma, como se encarga de destacar el propio Kai Ambos⁸, y cuya reciente aparición, bajo el sello de la Fundación Konrad Adenauer, me permite conducir esta recensión a los aspectos de la obra no comprendidos en dicha traducción.

En efecto, la obra original está dividida en una introducción general metodológica y sistemática; tres partes principales: un análisis de la jurisprudencia producida por los Tribunales Internacionales y nacionales sobre delitos del derecho penal internacional, una sistematización de los tratados y codificaciones internacionales, y la propuesta del autor acerca de la estructura y contenido de la parte general del derecho penal internacional; y un capítulo final que resume los resultados de la investigación. Cada una de las tres partes principales (jurisprudencia, normativa y dogmática) abarcan alrededor de 300 páginas c/u en la obra original.

La traducción ya aparecida comprende el § 1 (introducción), donde se sientan las bases metodológicas, filosóficas y dogmáticas de las que parte la investigación y representa, por lo mismo, mucho más que una simple introducción⁹; el § 7 de la

⁵ Schomburg, Wolfgang. En *European Journal of International Law* 14 (2003), p. 207. Este valor práctico para la aplicación del Derecho Penal Internacional por jueces, fiscales y defensores, se señala especialmente también por Christina Möller, en *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), 737s.

⁶ Roxin, Claus. En *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1.8.2003, p. 38. El carácter fundacional del libro de Ambos para el desarrollo del estudio del Derecho Penal Internacional se destaca también en las recensiones de Michael Bohlander (en *International Criminal Law Review* 2, 2002, p. 418); Uwe Ewald (en *Neue Justiz* 2003, p. 135); y Emanuela Fronza (en *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, Octubre/Décembre 2003, p. 960s).

⁷ La traducción ha sido realizada por Ezequiel Malarino, quien ya ha colaborado en otros proyectos con el Prof. Ambos, particularmente en la coedición del texto Ambos/Malarino (eds.): *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

⁸ En su prólogo a esta traducción, señala Ambos: “no sólo se presenta una versión en parte no publicada, sino también una versión mejorada del original”, “no sólo porque la versión alemana fue actualizada (jurisprudencia y doctrina fueron consideradas hasta septiembre de 2004) y complementada en el curso de la traducción (por ejemplo, con referencias a la doctrina latinoamericana y con la inclusión –junto al índice analítico– de un índice de personas), sino, sobre todo, porque Ezequiel Malarino no sólo se ha limitado a traducir las partes correspondientes de la versión alemana –lo que ya es suficientemente difícil–, sino que también se ha confrontado críticamente con el trabajo. Esto ha conducido a una fructífera discusión entre autor y traductor, que no en pocas ocasiones condujo a modificaciones del original alemán.”

⁹ Por tal razón, en la versión castellana su título fue modificado por el siguiente “Introducción: Bases de la investigación”.

primera parte, consistente en un resumen sistemático de los principios generales recabados de la jurisprudencia que se expone en la obra original; el § 16 de la segunda, un resumen donde se incorporan los resultados de la primera parte con los principios generales codificados en los tratados internacionales que se analizan detalladamente en la versión alemana; toda la tercera parte –donde se encuentran el análisis y las propuestas dogmáticas del autor–; y el apartado de síntesis de los resultados de la investigación, que en la obra original no tiene un número de párrafo asignado.

3. Como ya dijimos, en su Introducción sienta Ambos las bases metodológicas y sistemáticas de su trabajo. Así, comienza conceptualizando el derecho penal internacional como “el conjunto de las normas de derecho internacional que imponen sanciones penales”, esto es, como una “parte del derecho internacional”, cuyas fuentes son, según el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las convenciones internacionales, generales o particulares; la costumbre internacional; los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y –como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”– las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones (p. 41)¹⁰.

Desde este punto de vista, se comprende mejor la afirmación del autor en el sentido de que la vigencia del Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional¹¹, no ha modificado las fuentes del derecho penal internacional, sino que incluso en su Art. 21.1.b) expresamente se remite a ellas (p. 41)¹², resultando evidente que, en países

¹⁰ Aunque según Benadava, Santiago (*Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1989, pp.21ss), entre los iuspublicistas suele discutirse que este art. 38 ECI esté correctamente redactado y mencione las reales fuentes del Derecho Internacional, la discusión se centra en el valor de cada una de éstas y en la existencia de otras que no se mencionan (como los principios de equidad), siendo muy minoritaria la opinión, de que sólo constituirían fuentes del Derecho Internacional los tratados y la costumbre (doctrina consensualista). Hoy incluso es posible entender el *Soft Law* como integrado a los principios generales del derecho, tal como lo señala la Sentencia del Tribunal Internacional para Yugoslavia, en el caso del *Prosecutor v. Kupreskic* (14.1.2000. IT-95-16-T). Acerca del concepto y características del *Soft Law*, Cfr. Jean Pierre Matus A./ Marcos Orellana C.: „Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile“, en *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, t. *XCVIII* (2001), N° 4, Primera Parte, pp. 93ss.

¹¹ Sobre los aspectos particulares de este Estatuto, en castellano se puede consultar además, del propio Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero (comp.): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* Bogotá, 1999.

¹² El Art. 21 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 (A/CONF.183/9), dispone, bajo el epígrafe “derecho aplicable”, lo siguiente:

„1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición“.

como el nuestro, donde no se ha ratificado dicho Estatuto¹³, rigen con mayor razón las reglas generales antes enunciadas. “De esta manera –afirma Etcheberry–, puede hablarse hoy con propiedad de una verdadera ley internacional como fuente del derecho penal internacional, más allá del derecho tradicional contractual derivado de los tratados”¹⁴.

De este carácter no estatal del derecho penal internacional, se deriva la lógica consecuencia, ya afirmada entre nosotros por Andrés Bello hace más de un siglo, de que “la legislación de un estado no puede alterar el derecho de jentes”¹⁵, o dicho con palabras del Estatuto de Roma, que este ordenamiento no está sujeto a las limitaciones de los derechos nacionales, sino únicamente a los “principios y normas del derecho internacional”¹⁶. Desde esta perspectiva, la extensa diatriba que contra el derecho penal internacional nos prodigara Luis Jiménez de Asúa parece más bien producto de un diálogo de sordos o, mejor dicho, de una irreconciliable petición de principios: someter al derecho penal internacional a las mismas reglas que los derechos estatales¹⁷.

4. A partir de este punto central, desarrolla Ambos su propuesta dogmática. Y a pesar de que, dada su extensión, cada una de las tres partes principales de la obra (250 páginas c/u, aprox.) pudiera constituir un trabajo diferente y de largo aliento, es un mérito del autor la unidad que logra darle a la obra, a partir de su enfoque metodológico y sistemático, que permite al lector en cada apartado saber cuál es el problema que se analiza y poder comprender la evolución de las soluciones ofrecidas al mismo por la jurisprudencia internacional (primera parte), el derecho internacional convencional (segunda parte), y el propio autor, en su trabajo de análisis dogmático (tercera parte).

El método que Ambos adopta lo denomina funcionalista, en el sentido de encontrarse empíricamente orientado a los problemas, buscando determinar “la función y el rol que los institutos jurídicos juegan en la resolución de esos problemas” (p. 44), para de este modo lograr construir un sistema libre de los conceptos sistemáticos de un único ordenamiento jurídico, requisito indispensable para la sistematización de un derecho aplicable al conjunto de naciones del orbe¹⁸. Luego, el sistema que de la aplicación de este método resulta no puede ser otro que uno abierto y flexible, orientado a las circunstancias concretas de los casos, los problemas que presentan y sus soluciones (p. 58), teniendo en cuenta que la finalidad última del derecho penal internacional es la “protección de los derechos humanos” frente a la llamada macrocriminalidad política,

¹³ Acerca de las razones que tuvo nuestro Tribunal Constitucional (STC 8.4.2002, ROL 346) para rechazar este tratado sin previa reforma constitucional, Cfr. Rodrigo Correa / Antonio Bascuñán: „El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno“, en *Revista de Estudios de la Justicia* 1 (2002), pp. 131ss.

¹⁴ Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal*, t. I, 3ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1998, p. 132s.

¹⁵ Bello, Andrés: „El Derecho Internacional“. En: *Obras Completas*, Vol. X. Santiago: Consejo de Instrucción Pública, 1886, p. 21.

¹⁶ Ambos: *El Nuevo Derecho Penal Internacional*, cit., p. 41.

¹⁷ Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 5ª ed. Buenos Aires, 1950, pp. 1091ss. La influencia de las críticas de este gran autor entre nosotros se pueden sentir leyendo los textos de Cury U., Enrique. *Derecho penal*, 7ª ed. Santiago, 2005, p. 226; y Garrido M., Mario: *Derecho Penal*, t. I, Santiago, 1997, p. 148s.

¹⁸ Con un método similar, Fletcher, George (*Conceptos Básicos de Derecho Penal*, trad. de Fco. Muñoz Conde. Valencia, 1997), intenta construir lo que denomina una „gramática universal del Derecho penal“ (p. 19), no siendo por ello casualidad el importante lugar que a este autor americano tiene entre las citas de Ambos al explicar el sentido de la terminología y conceptos del *common law* involucrados en los problemas que estudia.

esto es, en estricto sentido, la criminalidad estatal –y más propiamente, como afirma Nauke, citado por Ambos, la “fortalecida por el Estado”– y que se ejerce particularmente contra los propios ciudadanos del Estado (p. 51)¹⁹.

5. Sobre estas bases, el sistema propuesto por Ambos para una parte general del derecho penal internacional se aleja necesariamente de la clásica estructura de los modelos de la dogmática alemana para su derecho penal interno, ofreciendo uno que pretende conciliar las principales tradiciones jurídicas existentes (la germánica, la continental europea no influida por ésta –particularmente la francesa–, y la anglosajona), asumiendo con una humildad y un sentido de la realidad notables, la “escasa influencia” que la dogmática alemana tiene en el contexto global (p. 54s). Desde esta perspectiva, resulta paradójico y desalentador a la vez que sea un autor alemán quien de un paso decisivo contra el “arrogante provincianismo” de la dogmática alemana que, incluso en sus áreas de influencia (España, Portugal, Italia y, por extensión, Latinoamérica), no construye un diálogo entre científicos propiamente tal, sino uno con un “único sentido, donde de una parte los de habla española, italiana y portuguesa aplicadamente citan y estudian a los de la otra parte, los de habla alemana, quienes premeditadamente los ignoran” (p. 56)²⁰.

6. El sistema propuesto por Ambos consiste pues, en una “teoría del delito de dos niveles”²¹, constituidos, el primero, por los fundamentos de la “responsabilidad individual” y, el segundo, por las posibles “defensas”, esto es, las causas que excluirían esa responsabilidad individual (p. 71). Como el propio autor lo reconoce, este sistema está impuesto al derecho penal internacional por la influencia que en el mismo han tenido los países del ámbito del common law, tanto en sus fuentes codificadas (particularmente en el Estatuto de Roma) como en sus fuentes jurisprudenciales (desde Nuremberg hasta el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia) (p. 870), y “es producto de la práctica del sistema procesal adversarial” (p. 539). La principal diferencia de este sistema con la clásica construcción dogmática alemana es que tanto las causas de justificación como de exculpación tienen igual valor (ambas son “defensas” que al menos deben alegarse en el proceso para tomarse en cuenta). En cambio, en lo que toca a los fundamentos de la responsabilidad individual, la diferencia no es tan marcada, atendido, según Ambos, el hecho de que todos los sistemas jurídicos parecen recono-

¹⁹ En un sentido más amplio, como señala Ambos, suele hoy en día aceptarse que también forma parte de la la macrocriminalidad como objeto del derecho penal internacional, la ejercida por actores „no-estatales“, como sucede típicamente con las atrocidades cometidas por grupos guerrilleros como las FARC en Colombia (p. 51s)).

²⁰ Entre nosotros, tal como lo denuncia Ambos (p. 62s), los peligros de esta „transferencia científica“ en un solo sentido son mayores si se toma en cuenta que el *derrier cri* parece ser el funcionalismo radical de Jakobs, el cual no sólo resulta incompatible con la protección del valor del ser humano como tal ante los ordenamientos estatales (lo que constituye el fundamento último del derecho penal internacional), sino que también ofrece una „legitimación teórica“ a cualquier dictadura (*Unrechtsregimen*). En efecto, como señala Ambos (p. 61s), por una parte, la doctrina de Jakobs degrada al ser humano a la categoría de „subsistema“ sin valor como „persona“ en tanto el grupo o la comunidad no le asignen un „rol“; y por otra, al afirmar que no existen criterios de legitimidad material para fundamentar la legalidad, es contraria al ordenamiento constitucional alemán (y, por cierto, también al nuestro), donde la dignidad del ser humano constituye un límite externo del ordenamiento jurídico.

²¹ Entre nosotros, puede verse un intento similar en la obra de Politoff/Koopmans/Ramírez: „Chile“. En *International Encyclopaedia of Laws*, 2ª ed.. La Haya, 2003, pp. 598-106, donde se ofrece una sistematización del derecho penal patrio de acuerdo al entendimiento del *common law*.

cer, a partir de la interpretación de los tipos penales, la existencia de presupuestos objetivos (*élément matériel*, *actus res*) y de otros subjetivos (*élément moral*, *mens rea*) (p. 540). Como formas especiales de aparición del delito o extensiones de la responsabilidad individual considera Ambos las derivadas del poder mando y de la tentativa (pp. 666-756). Quisiera a continuación detenerme solamente en un par de aspectos dogmáticos que a mi juicio y el de Ambos destacan en lo que se refiere a los presupuestos de la responsabilidad individual en el derecho penal internacional.

7. A quienes estamos habituados a los sistemas de teoría del delito provenientes del mundo de habla germánica, no puede menos que llamarnos la atención el hecho de que en la propuesta de Ambos los temas de autoría y participación aparezcan en primera línea entre los presupuestos objetivos de la responsabilidad individual. En efecto, por sólo nombrar dos de los autores en la actualidad más influyentes en lengua alemana, cuyos respectivos sistemas parten de presupuestos materiales bien diferentes, Roxin y Jakobs, ambos tratan los problemas relativos a quién ha de considerarse autor y quién mero partícipe de un delito entre las formas especiales de aparición del delito²² o de complemento de la realización típica²³, según la terminología que se use. Lo mismo sucede en las obras generales nuestras²⁴. Tampoco es habitual este tratamiento entre los juristas de la tradición del *common law*²⁵. Sin embargo, ya en nuestras Lecciones se aclara que la idea del autor de un delito corresponde a quien “puede imputarse objetiva y subjetivamente la realización del tipo penal” y que, desde ese punto de vista, “toda la teoría del delito estaría destinada a establecer las condiciones conforme a las cuales podemos decir que una persona es autora del hecho punible que ha realizado”²⁶.

Por eso es que, en un universo de casos cuyo objeto es la llamada macrocriminalidad, y cuyas manifestaciones no suelen ser actos de personas aisladas sino “ataques a gran escala” y “sistemáticos”²⁷, acierta Ambos al poner en primer término de entre los presupuestos objetivos de la responsabilidad individual a los que determinan la autoría mediata, la inmediata, y la complicidad, lo que es, además, consecuencia de su metodología de análisis y sistematización orientada a los problemas. Parafraseando a Kant, puede decirse que tratándose de actos colectivos, la imputación es el juicio por el cual los partícipes y colaboradores en esa empresa colectiva pueden verse como causas libres y concomitantes de dicha acción, y que, en consecuencia, sin determinar previamente esas causas libres, no podemos estar ante un hecho jurídicamente relevante²⁸.

8. Por otra parte, en cuanto a los presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual, un aspecto que destaca especialmente Ambos es la evolución del tratamiento

²² Roxin, Claus: *Strafrecht*, AT, 3ª ed. München, 1997, p. VIII.

²³ Jakobs, Günther: *Strafrecht*, AT, 2ª ed. Berlín/ Nueva York, 1993, pp. 593ss.

²⁴ Cfr., por todos Novoa M., Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno*, t. II. Santiago, 1966, pp. 201ss.

²⁵ Cfr., por todos, Dressler, Joshua: *Understandig Criminal Law*. Nueva York, 1992 (reprint), pp. 365ss.

²⁶ Politoff/Matus/Ramírez: *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 2ª ed. Santiago, 2004, pp. 395ss.

²⁷ Particularmente esto es así tratándose de los crímenes contra la humanidad, conforme al art. 7 del Estatuto de Roma (cfr. Carnevali, Raúl: “Hacia la conformación de un Tribunal Penal Internacional”, en *Revista de Derecho U.C. del Norte (Sede Coquimbo)* 10 (2003), p. 42.

²⁸ La cita original de Kant puede verse en Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., p. 404: “la imputación (*imputatio*), en sentido moral es el juicio por el cual a alguien se lo mira como autor (*causa libera*) de una acción, que es llamada entonces un hecho (*factum*) sometido a las leyes”.

del error como defensa en el derecho penal internacional, que jurisprudencialmente ha tenido un valor marginal, sobre todo por la dificultad de probar un error de hecho en estas materias y por la aplicación de los tribunales del principio *ignorantia iuris neminem excusat*, dominante en el common law (p. 805). Así, señala Ambos que el Art. 32 del Estatuto de Roma²⁹ habría supuesto un cambio relevante en la apreciación de este problema, donde los principios propios del derecho continental europeo se habrían impuesto en la regulación a los angloamericanos, evolucionando hacia un sistema en el cual existiría un “nueva orientación” hacia una diferenciación entre el error de tipo y el de prohibición, que podrían llevar en el futuro, con un estudio más acabado del tema, a una distinción entre injusto y culpabilidad en el derecho penal internacional (p. 541s). A este respecto, y dentro de los límites del Estatuto de Roma –que excluye el reconocimiento del llamado error directo de prohibición, esto es, la alegación de desconocer que los hechos enjuiciados son constitutivos de delito internacional³⁰–, ofrece Ambos (pp. 808-810) una solución material a la disputa acerca del alcance del error de prohibición similar la de la dominante teoría moderada de la culpabilidad, que reconoce al error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación o exculpación similares efectos que los del error de tipo³¹, o, en los términos del Estatuto de Roma, del error de hecho³².

II. La tortura como crimen contra la humanidad, sujeto a las reglas del derecho penal internacional.

1. Aunque el texto de Ambos no trata específicamente de los elementos de los crímenes contra la humanidad en general ni específicamente respecto de la tortura, esto es, no versa sobre la parte especial del derecho penal internacional – “cuyo completo análisis supondría una investigación diferente” (p. 72)–, las referencias a los elementos de esta clase de delitos recorren transversalmente el texto, pues el método del autor lo obliga a establecer las reglas generales aplicable a partir de “los casos”, pues “si las reglas las reglas generales se han desarrollado –afirma

²⁹ Artículo 32

„Error de hecho o error de derecho

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto“

³⁰ Esta limitación es consecuencia de considerar los hechos punibles internacionalmente, atendida su gravedad (genocidio, torturas, etc.), como mala prohibita, una especie de delitos naturales, consideración que si bien Ambos no rechaza del todo, con justa razón reclama que no es aplicable a todos los delitos internacionales –lo que es particularmente evidente si se analizan algunos de los contemplados como „crímenes de guerra“ en el art. 8 del Estatuto de Roma–.

³¹ Cfr. Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., pp. 328ss.

³² La diferencia de esta solución con la del derecho anglosajón es que la regla general del common law establece que una persona puede considerarse que actuó justificadamente, si al tiempo de la conducta „ella creía razonablemente que las circunstancias fácticas la justificaban (incluso en el caso de que ello no fuera así)“ (Cfr. Dressler, op. cit., p. 186s).

Ambos—, lo han hecho a propósito de la aplicación de determinados tipos penales” (p. 72).

2. La primera declaración formal del contenido de la expresión crímenes contra la humanidad aparece en el Art. 6 c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg de 8.8.1945, declarando como tales la “el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos raciales o religiosos, en la ejecución o en conexión con un crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal”³³, donde la tortura, que según el Diccionario es un “grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo”, se encuentra perfectamente comprendida en la idea de “actos inhumanos”³⁴.

El Estatuto y los juicios mismos celebrados en Nuremberg fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU el 11.12.1946 y declarados como parte de los “principios del derecho internacional”³⁵. Aunque se discute entre los internacionalistas si los principios que recogen son propios del derecho en general, o de la costumbre internacional (p. 386, nota 22), lo cierto es que ellos sirven de base mínima para la tipificación de los crímenes contra la humanidad, al punto de considerárseles parte del *ius cogens* (p. 408, nota 17)³⁶, o como sostiene más categóricamente Benadava, “parte del derecho internacional positivo”³⁷. Esto resulta más claro aún si se estudia la evolución de este concepto a través de los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU³⁸ que cristalizaron en el actual Art. 7 del Estatuto de Roma, y cuyo N° 1 f) declara como “crimen de lesa humanidad” la tortura, entendida como “causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”³⁹, concepto similar al contenido en el Art. 1°

³³ Que incluía, además, los crímenes contra la paz y los de guerra, y respecto de los primeros, su preparación y la conspiración para cometerlos (arts. 6 y 7).

³⁴ De hecho, los „actos inhumanos“ a que se refiere el art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg, eran, entre otros, la „ablación de músculos, castración y esterilización, inoculación de enfermedades“ y otros horrores que el Instituto de Higiene de las Waffen S.S. paraticaban sobre los deportados a los eufemísticamente denominados „campos de trabajo“ (Cfr. Blanc Altemir, Antonio: *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona 1990, pp.282ss, especialmente la nota N° 2).

³⁵ Resolución 360 A III de la Asamblea General.

³⁶ Con todo, existen importantes autores en Alemania contrarios a esta afirmación, lo que seguramente proviene de su propia nacionalidad y del hecho de exigirle al derecho penal internacional similar o mayor eficacia que al interno. Cfr., por todos, Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. (1996), Trad. de M. Olmedo C. Granada. 2002, p. 128.

³⁷ Benadava, op. cit., p. 212.

³⁸ Para una resumida exposición de la evolución de este concepto, Cfr. Ambos, *El Nuevo Derecho Penal Internacional*, cit., p. 94s. Para la evolución general del derecho penal internacional hasta el Estatuto de Roma, entre nosotros, cfr. Carnevali, op. cit., *passim*.

³⁹ Art. 7. Crímenes de lesa humanidad.

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes⁴⁰. Las dos principales evoluciones del concepto en este período son, por una parte,

- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

- a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;
- b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;
- c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
- d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;
- e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;
- f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;
- g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;
- h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;
- i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede."

⁴⁰ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). Su Art. 1º dispone:

„1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

destacar el carácter masivo o sistemático de las violaciones a los derechos de que se trata, como característica distintiva de estos crímenes (el contexto a que se refieren los “Elementos del crimen” del Estatuto de Roma)⁴¹; y por otra, la renuncia a la exigencia de una situación de guerra como parte de dicho contexto⁴².

3. Como hemos señalado Supra I. 3., al ser la tortura un crimen contra la humanidad, se encuentra sometida a las reglas del derecho internacional público, y por tanto, su concepto y particularidades no están limitados por las regulaciones de los derechos internos de cada Estado. Es más, ni siquiera la citada Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles. Inhumanos Degradantes se ha planteado un propósito semejante al establecer las obligaciones de punición y los principios de perseguibilidad que, según se señala en el párrafo final de su Preámbulo, permitan “hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo”, están referidos a medidas de derecho interno y no internacional. La modificaciones al derecho interno que a cada estado suscriptor imponen las obligaciones de la Convención⁴³ no pueden, como no puede ni la propia Convención, modificar unilateralmente el derecho internacional⁴⁴, y así se establece en su Art. 1.2 que ya el propio concepto de tortura “se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional [...] que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. Tampoco el Estatuto de Roma puede, en su carácter convencional, alterar el *ius cogens* sobre la calificación de crimen contra la humanidad de las torturas, dado que en su propio articulado, al definir los delitos sujetos a su competencia, se dispone que “nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto” (Art. 10).

4. Sin embargo, en este punto, como sucede en general con todos los delitos de carácter internacional, al establecer la Convención Contra la Tortura obligaciones de punición en el derecho penal nacional –las que ahora parecen reforzar el principio de complementariedad del Estatuto de Roma (Art. 17), entendiendo que a éste subyacería una obligación “de cada Estado ejercer su poder punitivo sobre los responsables de delitos internacionales” (párrafo 6 del Preámbulo)⁴⁵–, puede suscitarse alguna confusión conceptual que es necesario despejar antes de seguir con nuestro análisis. Lo que aquí se sostiene es que la tortura, practicada de manera masiva y sistemática, es un crimen contra la humanidad, sujeto a las reglas del derecho penal internacional. Otra

No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.”

⁴¹ Aprobados por la Asamblea de los Estados con fecha 9.12.2002.

⁴² Ambos, *El Nuevo Derecho Penal Internacional*, cit., p.96s.

⁴³ Para un análisis de estas modificaciones en nuestro Código Penal, Cfr. Politoff/Matus/Ramírez: *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004, pp. 209ss.

⁴⁴ La disputa de derecho internacional, similar al problema de la aparente limitación, respecto de los Principios de Nuremberg, de la definición de genocidio en la Convención respectiva, puede verse en el texto que se reseña de Ambos, cit., p. 408, nota 17.

⁴⁵ Ambos/Malarino, op. cit., p. 14. Entre nosotros, con matices críticos, acepta la existencia de este deber de punición, Carnevali, op.cit., pp. 46ss.

cosa es que, para efectos de prevenir su aparición y hacer más eficiente su castigo a nivel nacional, los estados, y entre ellos el nuestro, establezcan un mecanismo de incorporación mediante la introducción en el derecho interno de especiales disposiciones penales y procesales⁴⁶. Sin embargo, estas especiales reglas sólo pueden verse como disposiciones de derecho interno y, en esa medida no son oponibles al derecho internacional más que como hechos que demuestran el cumplimiento o incumplimiento de determinadas obligaciones de ese carácter⁴⁷.

Obviamente, tampoco debe confundirse el hecho de ser la tortura un crimen contra la humanidad, regido por las normas del derecho internacional público, con la discusión acerca de la llamada incorporación directa al ordenamiento interno de ciertos derechos contemplados en los vulgarmente llamados “tratados sobre derechos humanos”⁴⁸, que entre nosotros se centra en la explicación del sentido del inc. 2° del Art. 5° de la CPR⁴⁹, cuestión que, por referirse a un problema de jerarquía normativa y de fuentes en el derecho interno, aquí dejamos de lado, por no corresponder a la materia de nuestra investigación.

5. En lo que sigue de este trabajo no se atenderá, pues, directamente a nuestro derecho interno, sino al derecho penal internacional, y particularmente, a la aplicación de sus principios generales, en la forma que han sido desarrollados por la jurisprudencia internacional, a partir de los procesos de Nuremberg, y que expone el Prof. Kai Ambos en el texto que ha dado pie a esta exposición.

La limitación en nuestro análisis a la jurisprudencia internacional se deriva, por una parte, de que, como afirma Ambos, fue ésta quien realmente desarrolló los principios de Nuremberg (p. 386), y por otra, de que, en la materia que aquí interesa, aplicación sistemática y masiva de torturas contra la población civil entre 1973 y 1990, estos sucesos ocurrieron en Chile mayoritariamente antes de la entrada en vigor de la Convención Contra la Tortura, amén de que nuestro país no ha ratificado aún el Estatuto de Roma.

6. Decidida la cuestión acerca del derecho de fondo aplicable al enjuiciamientos de las torturas masivas y sistemáticas cometidas en Chile, sólo resta una pequeña disgre-

⁴⁶ Luego, la cuestión acerca de la persecución penal nacional de crímenes internacionales queda fuera de nuestra investigación. Para el estado de esta cuestión en Chile, Cfr. Guzmán D., José Luis: „Chile“. En: Ambos/Malarino (eds.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, cit., pp. 162 a 200. Es muy interesante destacar que a este respecto, el juicio de Guzmán sobre la situación en Chile de la persecución penal de los crímenes contra la humanidad es más que severo, al considerar la situación menos que „insatisfactoria“ (p. 168), afirmando respecto del delito de la tortura que su regulación en el Código Penal „seguro que no constituye un crimen de lesa humanidad“.

⁴⁷ Sobre la vinculación de lo lícito internamente con la responsabilidad internacional, Cfr. Benadava, op. cit., pp. 74ss y 156.

⁴⁸ Las posibilidades de confusión en esta materia quedan claramente manifestadas en el trabajo preparado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Guía sobre aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna*. San José de Costa Rica, 1996, *passim*, donde lo que se discute es precisamente si tales tratados o partes de ellos forman parte de los ordenamientos internos de los suscriptores o no, y por tanto, si han de aplicarse directamente o no en todo tipo de causas, concluyendo por la afirmativa (p. 29).

⁴⁹ Sobre el alcance de esta disposición, pueden consultarse los trabajos de los más destacados constitucionalistas chilenos (Nogueira, Pfeffer, Bustos, Cea, Cumplido, Ríos, Rossel, Precht, entre otros) reunidos en el número especial de la *Revista Ius et Praxis* Año 2 N°2 (1997), *passim*. Para los efectos en el derecho penal y procesal penal interno, puede verse Matus A., Jean Pierre: *La ley penal y su interpretación*, Santiago, 1994, p. 37ss.

sión acerca de la determinación del tribunal competente y de las reglas procedimentales a aplicar. Desde luego, no es posible recurrir a la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma, no sólo porque Chile no ha ratificado esta convención, sino también porque en ella existe una limitación temporal en cuanto a la competencia de dicha Corte (Art. 11 del Estatuto de Roma), que no puede entrar a conocer hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto que la creó (11.04.2002). Tampoco parece posible, dadas las preocupaciones actuales del Consejo de Seguridad⁵⁰, el establecimiento de un Tribunal ad-hoc, como los establecidos por éste para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, en uso de las atribuciones de los Arts. 29 y 41 de la Carta de las Naciones Unidas⁵¹. Sólo resta, por tanto, la posibilidad de que sean los propios tribunales chilenos, en ejercicio de las facultades conferidas en los Arts. 73 y 5 CPR, quienes se avoquen al conocimiento de estas causas. Naturalmente, estoy consciente de las dificultades políticas de esta afirmación y de lo ilusoria, que por lo mismo, parece. Sin embargo, creo que no existen limitaciones legales o constitucionales al efecto, por las siguientes razones:

- a) En nuestros tribunales existe una larga tradición en materia penal de aplicación como derecho de fondo o decisorio litis, del derecho internacional público en las causas por extradición⁵². Por tanto, no existe a este respecto otra cuestión conceptual que la ya resuelta Supra: si se entiende que la tortura masiva y sistemática es un crimen contra la humanidad, el derecho de fondo aplicable no es el patrio sino el derecho penal internacional. Por esta razón, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP), después de regular los principios básicos de la jurisdicción penal interna (*nullum crimen nulla poena sine lege*, Art. 15.1), agrega: „Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional“⁵³.
- b) En cuanto al Tribunal competente, el Art. 53 N° 3 de nuestro Código Orgánico de Tribunales confiere competencia al Presidente de la Corte Suprema para conocer en primera instancia, “de las causas de presas y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional”, entregando la segunda instancia a

⁵⁰ Este año, las Sesiones del Consejo han estado avocadas especialmente a los problemas relativos al Oriente Medio, el Norte de África, Chipre, Haití y otros aspectos puntuales, entre ellos, el nombramiento de los jueces permanentes del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, como puede verse en la colección de Resoluciones publicadas por la ONU en www.un.org/spanish/docs/sc04/scr104.htm.

⁵¹ El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia se formó por Resolución 827 de 25.5.1993, y el para Ruanda, por Resolución 955 de 8.11.1994. Ambas pueden consultarse en www.derechos.org/nizkor/lev.

⁵² Cfr. Politoff/Matus/Ramírez, *Parte General*, cit. p. 144.

⁵³ En el ámbito latinoamericano, aunque esta excepción no se consagra en el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica, es relativamente evidente que un tratado de vigencia territorial limitada no puede pretender derogar el derecho internacional común, más aún si la mayor parte de sus sucriptores lo son también del PIDCP. Como señala Gross S., Héctor: *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis Comparativo*. Santiago, 1991, p. 97: „la referencia al derecho internacional es necesaria y algún día deberá incluirse en la [convención] americana, ante las perspectivas futuras del derecho penal internacional, y la realidad actual de crímenes de lesa humanidad, como son o pueden llegar a ser, por ejemplo, el terrorismo, la tortura y la desaparición forzada de personas“.

una de sus Salas. Esta disposición no hace más que darle contenido orgánico a un principio que el propio Bello sentara hace más de siglo y medio, esto es, “que en una nación i en una época dadas el derecho de jentes sea una parte de la jurisprudencia patria, no admite duda”⁵⁴.

- c) Por lo que respecta al procedimiento aplicable, atendido el hecho de que los fiscales del Ministerio Público carecen de competencia sobre estas materias (no hay regla similar a la del art. 53 N° 3 COT en la Ley Orgánica N° 19.640), y puesto que los tribunales no pueden negarse a fallar los asuntos respecto de los cuales son competentes y han sido legalmente requeridos (Art. 73 CPR), sólo podría ser aplicable, tanto en razón del órgano jurisdiccional como de la ley de fondo aplicable, el procedimiento ordinario del viejo Código de Procedimiento Penal, que no ha sido formalmente derogado a la fecha.

Por lo tanto, existiendo un tribunal competente, una la ley de fondo aplicable y un procedimiento para su aplicación, el Art. 73 de la Constitución obliga a los tribunales, en el evento de ser legalmente requeridos, a cumplir con su deber de conocer y juzgar esta clase de hechos.

III. La tortura masiva y sistemática. Crimen contra la humanidad cometido en Chile.

1. El día 28 de noviembre de 2004, el Presidente de la República dio a conocer el contenido del Informe Sobre Prisión Política y Tortura⁵⁵, preparado por la denominada Comisión Valech⁵⁶.

En síntesis, el Informe (pp. 27s) señala que entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990 al menos un total de 27.255 personas sufrieron torturas durante su detención, siendo el 87,5% (23.856) hombres y el 12,5% (3.399) mujeres, incluyendo entre ellos a 766 menores de entre 16 y 17 años, 226 niños de entre 13 y 15 años, y 88 de 12 años o menos:

“Los relatos concuerdan en que estos hechos fueron cometidos de manera similar y coordinada por efectivos de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, y de los servicios de inteligencia creados por el régimen, como la DINA y

⁵⁴ Bello, op. cit., pp. 21. Es muy significativo este pasaje, sobre el cual el redactor del Código Civil chileno vuelve más adelante, al punto de considerar “las sentencias de los juzgados de presas” (norteamericanos e ingleses) como fuentes para “explorar e ilustrar las reglas del derecho internacional” (p. 22).

⁵⁵ En adelante, y para facilitar la lectura, todas las citas a este informe se harán bajo la fórmula Informe, número de página.

⁵⁶ La denominación es en honor de su Pdte. Monseñor Sergio Valech. Según se señala en la página 10 del Informe, la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura se creó en noviembre de 2003 como “órgano asesor del Presidente de la República”, y su objetivo era “el esclarecimiento de la verdad acerca de esas graves situaciones”, trabajo que quedó reflejado en su informe entregado en noviembre de 2004. La Comisión quedó integrada por ocho personas designadas por el Presidente, a saber: Monseñor Sergio Valech Aldunate, como Presidente, María Luisa Sepúlveda Edwards, en calidad de Vicepresidenta Ejecutiva, Miguel Luis Amunátegui Monckeberg, Luciano Fouilloux Fernández, José Antonio Gómez Urrutia, Elizabeth Lira Kornfeld, Lucas Sierra Iribarren y Álvaro Varela Walker. La Comisión “debía determinar quiénes sufrieron privación de libertad y tortura por razones políticas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y proponer medidas de reparación”.

la CNI, registrándose también casos excepcionales que mencionan la participación de civiles. De esos testimonios se desprende que la tortura fue una práctica recurrente durante el régimen militar. Varían el número de las personas perjudicadas y las características de las víctimas, pero poco o nada los métodos empleados. Es así como en los primeros años se caracterizaron por su brutalidad y por dejar secuelas evidentes, poniendo con frecuencia en grave riesgo la vida de las víctimas; existiendo posteriormente mayor especialización en la presión física aplicada sobre el detenido. Salvo excepciones, los testimonios coinciden en que, durante el período de detención, las personas afectadas sufrieron la aplicación de más de un método de tortura, siendo las golpizas sistemáticas y reiteradas el más utilizado y, comúnmente, el primero en ser aplicado.⁵⁷”

2. El carácter brutal y las secuelas permanentes de las torturas practicadas en Chile, muchas veces con un puro propósito disciplinador de la sociedad, se refleja claramente en el siguiente relato calificado como verdadero por la Comisión Valech, correspondiente al testimonio de una mujer integrante de una modesta familia del sur, sin vinculaciones ni militancias políticas:

“El 20 de octubre de 1973, ocho militares acompañados de un carabinero irrumpieron en su casa, comenzando en el acto a golpear brutalmente a sus hermanos de 15 y 16 años, en presencia de su madre y de su hijo menor, un niño de 8 años de edad. Justificaban la agresión alegando su participación en un asalto a un retén de Carabineros en Valdivia. Los militares y el carabinero sabían los dos apellidos de los hermanos acusados del asalto; sólo el apellido paterno coincidía con la identidad de las víctimas. Así lo hizo saber la familia e incluso los vecinos, aunque sin ningún resultado por parte de los agresores. Como resultado, ambos jóvenes fueron torturados hasta la muerte. Días después, tras peregrinar en su búsqueda por distintos lugares de detención, su madre los halló en la morgue. Ambos habían sido masacrados. A uno de los adolescentes le faltaba parte de la cara, tenía la boca llena de excrementos de caballo, de espinas, de pitilla. De acuerdo con el relato de la denunciante, la única hija mujer, ella y su hermano mayor fueron detenidos cuando viajaron a Santiago para denunciar ambos asesinatos ante los militares. A manos de éstos sufrieron torturas y prisión. El hermano perdió el juicio; ella quedó con secuelas físicas invalidantes y debió partir a un largo exilio, tras seis meses de cautiverio cumplidos parcialmente en el Estadio Nacional. En relato adjunto, así resume su situación personal y familiar:

...por el golpe del 73 por alcance de apellido los señores militares y Carabineros destruyeron nuestra familia. Desde el 73 jamás hemos sido felices, ya que yo fui detenida, o sea presa, torturada por un periodo de 6 meses por reclamar. La injusticia y crimen que habían cometido los militares de Valdivia, juntos con los Carabineros. Ellos han destruido toda nuestra familia, quedando sin hermanos y sin padres, ya que con los golpes que le dieron a mi padre por defender a mi hermano y decir que nosotros [no correspondíamos a la familia de quienes se buscaba], por decir la verdad, le dieron muchos golpes, que en mi pobre papá perdió su mente y estuvo muchos años en la

⁵⁷ Informe, p. 26.

Casa de Orate, o sea en el manicomio en Valdivia, como al igual a mi me detuvieron con mi hermano mayor [...] con él yo fui a Santiago a dar cuenta. Con mi ignorancia, fuimos a contarles, lo que habían hecho los militares en Valdivia con nuestra familia; los escucharon, cuando ahí mismo los tomaron a punta de culatazos por la cara y por el cuerpo y patadas les pegaban a los dos, y también me pegaban como si yo hubiese sido hombre, me pegaron sin compasión incluso hasta por los senos, yo tengo todo mi cuerpo con las marcas del 73. Mi cuerpo está todo cortado, mis tobillos fracturados, mis manos fracturadas, mis rodillas todas cortadas y tengo el hombro de mi brazo derecho, la clavícula fracturada, y tengo los párpados, rotos, cortados, porque los militares, cuando me detuvieron nos pegaron mucho [...] Ellos iban a matar a toda mi familia yo les suplicaba, les pedía de rodilla que no lo hagan tanto daño, nosotros no teníamos ni idea, el por qué nos hacían tanto daño, nunca hemos estado en política, nunca habíamos estado detenidos, nadie de nuestra familia"⁵⁸.

3. Los métodos de torturas empleados –que “podían aplicarse de manera sucesiva o simultánea sobre la misma víctima” (Informe, 224)– consistieron, en síntesis, en golpizas reiteradas, lesiones corporales deliberadas, colgamientos, posiciones forzadas, aplicación de electricidad, amenazas, simulacro de fusilamiento, humillaciones y vejámenes, desnudamientos, agresiones y violencia sexual, presenciar, ver u oír torturas de otros, ruleta rusa, presenciar fusilamientos de otros detenidos, confinamiento en condiciones infrahumanas, privaciones deliberadas de medios de vida, privación o interrupción del sueño, asfixias, exposición a temperaturas extremas (Informe, p. 21).

3. A continuación, para hacernos una idea de lo que en la realidad significaron los métodos de tortura enunciados, transcribiré algunos relatos calificados como verdaderos por la Comisión⁵⁹.

Golpiza reiterada

“El día 19 de noviembre de 1975 a las 2:00 a.m. aproximadamente, ingresan a nuestro domicilio, rompiendo la puerta, unos 12 a 15 civiles armados con metralletas preguntando por [se omite el nombre]. Inmediatamente proceden a amarrar a mis hijos con un alambre en las muñecas y los obligan a permanecer de boca en el piso en el pasaje. A mí me golpean con los puños al intentar averiguar lo que estaba sucediendo. Revisan toda la casa causando enormes destrozos en muebles, colchones, etc. A mí también me atan las manos con alambre; todos vendados, somos subidos a diferentes vehículos particulares. Yo quedé en el mismo vehículo con mi hijo. Según relato posterior de mis vecinos, había gran cantidad de vehículos estacionados en un gran operativo. Fuimos trasladados a lo que resultó ser Villa Grimaldi. Allí permanecí alrededor de tres horas, en un lugar que parecía ser una especie de patio habilitado como galpón. Se escuchaban voces y gritos, como que hubiera un gran número de personas. Me interrogaban siempre y me golpeaban fuertemente con los puños y

⁵⁸ Informe, p. 194.

⁵⁹ Para obtener esta calificación, un relato debía tener el respaldo de fuentes independientes (Informe, p. 11)

manos, especialmente en la cara; a veces caía al suelo y me costaba incorporarme, ya que aún estaba amarrado”⁶⁰.

Colgamientos y lesiones.

“Me trasladaron a otra pieza en donde me hicieron desnudarme completamente. Luego me amarraron las muñecas con los tobillos quedando totalmente encogida. Enseguida colocaron una barra entre mis muñecas y los tobillos quedando suspendida de un mueble. En esta posición me golpearon los oídos y me aplicaron electricidad en las sienes, en los ojos, en la vagina, en el recto y en los pechos. Me interrogaban por nombres de personas, [...] Les dije que no conocía a nadie, entonces me volvieron a golpear y aplicar corriente. En la boca me colocaron un paño, el que me lo sacaban a ratos para que hablara. [...]”⁶¹

Aplicación de electricidad.

“Uno de los agentes se ofusca y dice en tono amenazante por última vez que colabore, como sigo negando, otro agente ordena que se me quite la ropa y que él se va a encargar de "operarme"; deben haber sido dos personas las que violentamente me desvistieron, sólo me dejan puestos los calcetines y soy llevado a viva fuerza a una litera [...] me amarran los pies separadamente a cada extremo de la litera, lo mismo ocurre con mis brazos y manos. Luego proceden a colocar en las partes más sensibles de mi cuerpo (genitales, tetillas, estómago, muslos y piernas), diversos aparatos que por tener los ojos tapados no pude ver ni saber de qué se trataban. Estos aparatos los fijan en mi cuerpo con scotch [...] uno de ellos avisa que todo está listo, sorprendentemente siento un fuerte dolor en todo mi cuerpo que me hace ver un montón de estremitas y a la vez siento que me orino y me cago, doy un fuerte grito; de inmediato corren dentro de la pieza algunos agentes, uno de ellos grita "¡Tápenle la boca a ese desgraciado!", rápidamente se acerca un agente con un trapo de lana que pone en mi boca y lo sujeta. Inician nuevas descargas eléctricas sobre mi cuerpo y me piden que entregue nombres y direcciones de personas que supuestamente yo debía conocer. Sigo negando, ahora me piden que entregue un solo nombre y así se terminaría [...], dificultosamente les digo... que no tengo nada que ver con lo que se me acusa, por este motivo el agente que me interroga amenaza con aumentar las descargas eléctricas [...] en algunos momentos creía que me moría, porque ya no era capaz de soportar tanto castigo físico y psicológico [...].”⁶²

“Al llegar al recinto me tiraron de la camioneta al suelo y luego me sometieron a interrogatorios con [se omite el nombre] quien me descalificó verbalmente. Luego me llevaron a las "casas Corvi" (cajones donde sólo se podía permanecer de pie). Siempre me mantuvieron con la vista vendada, manos vendadas y desnuda. Me aplicaron la

⁶⁰ Informe, 254: Hombre, detenido en noviembre de 1975. Relato de su reclusión en el recinto de la DINA Villa Grimaldi, Región Metropolitana.

⁶¹ Informe, p. 263: Mujer, detenida en enero de 1974. Relato de su reclusión en el recinto de la DINA de calle Londres 38, Región Metropolitana.

⁶² Informe, p. 269s: Hombre, detenido en agosto de 1984. Relato de su reclusión en el Cuartel de la CNI en Valdivia, X Región.

parrilla eléctrica, fui víctima de tocaciones y abusos deshonestos, muchas golpizas y simulacro de fusilamiento en la punta de la piscina.”⁶³

Agresiones y violencia sexual

“...embarazada de cinco meses, fui detenida y hecha prisionera. Estuve un mes y medio incomunicada en la Cárcel del Buen Pastor, y sometida en el Regimiento Arica a vejámenes y torturas, entre las cuales debo, como denuncia, mencionar: [...] instada a tener relaciones sexuales con la promesa de una pronta liberación; obligada a desvestirme, acariciada en los pechos y amenazada de recibir las visitas nocturnas del interrogador; golpes de electricidad en la espalda, vagina y ano; uñas de las manos y pies fueron arrancadas; golpeada en varias ocasiones con bastones de plástico y con culatas de rifles en el cuello; simulacro de fusilamiento, no me mataron pero debí escuchar como las balas silbaban a mi alrededor; obligada a tomar e ingerir medicinas; inyectada en la vena con pentotal, bajo la severa advertencia que sería hipnotizada como único medio de declarar la verdad; colocada en el suelo con las piernas abiertas, ratones y arañas fueron instaladas y dispuestos en la vagina y ano, sentía que era mordida, despertaba en mi propia sangre; se obligó a dos médicos prisioneros a sostener relaciones sexuales conmigo, ambos se negaron, los tres fuimos golpeados simultáneamente en forma antinatural; conducida a lugares donde era violada incontables y repetidas veces, ocasiones en que debía tragarme el semen de los victimarios, o era rociada con sus eyaculaciones en la cara o resto del cuerpo; obligada a comer excrementos mientras era golpeada y pateada en el cuello, cabeza y cintura; recibí innumerables golpes de electricidad [...].”⁶⁴

“...llegaron dos hombres y una mujer a buscarme. Yo corrí a la oficina del médico jefe para dejar una prueba de mi detención. En efecto, les pidió que se identificaran y ellos mostraron sus placas como agentes de la DINA. Me llevaron con mi delantal de servicio sin dejarme tiempo de tomar mis ropas. Me subieron a una camioneta de la DINA, me pusieron una venda sobre los ojos, me golpearon [...] me dejaron sola en una oficina sentada en un banquillo de poca altura, siempre con la venda en los ojos. Pasé largo tiempo en ese lugar. Luego me hicieron subir una escalera, llegamos a una pieza donde me pidieron que me desnudara. Había una persona que escribía a máquina mi identificación. Luego me instalaron electrodos en la cabeza y en las manos y me enviaron electricidad repetidas veces [...] vino un médico que me examinó ginecológicamente [...] violación, masturbación sobre mi cuerpo, me fotografiaron desnuda, todo esto interrumpido con descargas eléctricas.”⁶⁵

⁶³ Informe, p. 277: Mujer, detenida en mayo de 1975. Relato de su reclusión en el Cuartel de la DINA en Villa Grimaldi, Región Metropolitana.

⁶⁴ Informe, p. 279s: Mujer, detenida en octubre de 1973. Relato de su reclusión en el Regimiento Arica, La Serena, IV Región.

⁶⁵ Informe, p. 280: Mujer, detenida en noviembre de 1974. Relato de su reclusión en el recinto de la DINA Venda Sexy, Región Metropolitana.

IV. La responsabilidad penal internacional individual por los crímenes contra la humanidad cometidos en Chile.

1. Los hechos descritos en el apartado anterior permiten concluir, como lo hace la Comisión Valech, que durante el período 1973 a 1990 se torturó masiva y sistemáticamente a población civil por parte de agentes del Estado. La Comisión señala que ‘la prisión política y la tortura constituyeron una política de Estado del régimen militar, definida e impulsada por las autoridades políticas de la época, el que para su diseño y ejecución movilizó personal y recursos de diversos organismos públicos, y dictó decretos leyes y luego leyes que ampararon tales conductas represivas. Y en esto contó con el apoyo, explícito algunas veces y casi siempre implícito, del único Poder del Estado que no fue parte integrante de ese régimen: la judicatura’⁶⁶. La existencia de estos hechos ha sido reconocida tanto por los actuales Comandantes en Jefe del Ejército⁶⁷, la Fuerza Aérea⁶⁸, la Armada⁶⁹, Carabineros⁷⁰ e Investigaciones⁷¹, los medios de prensa⁷², e incluso –aunque menos categóricamente– la Corte Suprema⁷³, y partidos

⁶⁶ Informe, p. 192.

⁶⁷ Cfr. la Declaración del Comandante en Jefe del Ejército, General Juan Emilio Cheyre Espinosa, publicada en el Diario La Tercera del 5 de noviembre del 2004, donde afirma el ‘‘decidido compromiso y colaboración [del Ejército] con la Comisión Nacional sobre Prisión Política y/o Tortura, cuyo contenido y conclusiones asumiremos con la misma serenidad y responsabilidad con que hemos actuado hasta ahora’’.

⁶⁸ En su comunicado de 1.12.2004 (en www.lanacion.cl), el Alto Mando de La Fuerza Aérea de Chile ‘‘valora el trabajo efectuado por la Comisión Valech, toda vez que constituye un avance significativo en el proceso de la reconciliación nacional’’, ‘‘asume esta dolorosa verdad’’ y recuerda que ‘‘hace ya más de una década, reconoció la existencia y lamentó las violaciones a los Derechos Humanos que se informaron en la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación’’.

⁶⁹ En su comunicado de prensa de 30.11. 2004 (en www.armada.cl), el Comandante en Jefe de la Armada, Almirante Jorge Vergara, señaló, en lo que aquí importa, que ‘‘aceptamos como verdaderos todos los testimonios, aun cuando dada la naturaleza de la Comisión no es posible exigirle la rigurosidad propia de un proceso judicial; ni tampoco la Armada posee archivos con informaciones que permitan ratificar o desmentir las denuncias registradas’’.

⁷⁰ El Director General de Carabineros de Chile, General Alberto Cienfuegos, en su Comunicado Oficial de de 30.11.2004 (en www.carabineros.cl) señaló que ‘‘en conocimiento del Informe realizado por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, que recoge el testimonio de miles de personas que a lo largo del país fueron víctimas de violaciones a los derechos humanos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990 ... Carabineros se hace cargo de su historia y estima que las acciones de represión política, prisión y tortura, descritas en el Informe, nunca debieron realizarse porque son contrarias a su esencia y misión’’.

⁷¹ Según la Declaración Pública de 13. 11.2004 (en www.investigaciones.cl), el General Director de la Policía de Investigaciones de Chile, Inspector General Arturo Herrrera, señala que ‘‘el país ha ido reconociendo progresivamente su verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante un período prolongado de tiempo ... En los contenidos de esa verdad se señalan prácticas institucionales y conductas de integrantes de esta Policía, que constituyeron graves crímenes contra los derechos fundamentales que se derivan de la dignidad humana’’, concluyendo que ‘‘el Informe de la Comisión sobre Prisión Política y Tortura representa una enseñanza y, por lo mismo, debe ser asumida reflexivamente, con valor y humildad’’.

⁷² En su Declaración Pública de 30.11.2004, ‘‘La Directiva Nacional del Colegio de Periodistas valora en su forma y su fondo el informe de la Comisión Sobre Prisión Política y Tortura en Chile. El trabajo acucioso y objetivo de sus integrantes, obligó a enfrentar la verdad a quienes hasta ahora negaban o decían desconocer los terribles abusos a que fueron sometidos miles de compatriotas’’.

⁷³ En efecto, en su Acuerdo de Pleno de 9.12.2004 (www.poderjudicial.cl), no se reconoce directamente como verdaderas las conclusiones del Informe, en el sentido de que ‘‘, a partir del 11 de Septiembre de 1973 y hasta las postrimerías de la década de mil novecientos ochenta, fueron sistemáticamente víctimas de torturas en este país cerca 28.000 personas, por parte de agentes del Estado’’, limitándose a declarar que a tales conclusiones se habría arribado ‘‘fundándose en los antecedentes testimoniales que refiere haber recibido la Comisión’’. Quizás este tímido reconocimiento es explicable en los Ministros en ejercicio, como mecanismo quizás algo exagerado para

políticos que apoyaron al gobierno militar⁷⁴, aunque, naturalmente, la valoración de las responsabilidades sobre los mismos difiere en cada caso, aspectos que veremos más adelante.

Luego, conforme a la definición de tortura como crimen contra la humanidad perteneciente al derecho penal internacional (Supra II.2), parece más o menos indubitable que de juzgarse tales hechos no podría sino concluirse que ellos constituyen el delito, pues se trata de conductas que (1) causaron intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales y (2) se realizaron de forma masiva y sistemática por parte de agentes del Estado, favorecidos directa o directamente por éste.

2. Establecido, conforme al derecho penal internacional, el carácter de crimen contra la humanidad de las torturas masivas y sistemáticas practicadas en Chile durante el régimen militar, cabe preguntarnos cómo se juzgaría a sus responsables si fueran identificados, estuviesen vivos y los hechos llegaran a conocimiento del Tribunal competente. Y aquí resurge el enorme valor que la obra de Ambos tiene entre nosotros en este momento, puesto que ante la acreditación de los hechos constitutivos del delito (sus “elementos” en la jerga internacionalista), seguramente la discusión debiera centrarse en los aspectos que su obra analiza, esto es, la parte general del derecho penal internacional. Por lo tanto, concluiremos estos apuntes analizando esas posibles discusiones a la luz de la sistematización propuesta por Ambos de la jurisprudencia internacional producida desde Nuremberg hasta los Tribunales Internacionales ad-hoc para Ruanda y Yugoslavia⁷⁵.

V. Análisis de los principales problemas de la Parte General del Derecho Penal Internacional que acarrearía la persecución de los crímenes contra la humanidad cometidos en Chile, conforme a la estructura del modelo propuesto por el Prof. Ambos

1. Responsabilidad individual

a) Reconocimiento del principio

1. La existencia del reconocimiento de una responsabilidad institucional por parte

evitar incurrir en la causal de recusación del art. 196 N° 10 COT („haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella“). De todos modos, algo de fondo se reconoce cuando se agrega: „que no es posible sustraerse de la gravedad de esos sucesos y sus dolorosas secuelas y dejan constancia pública de su consternación ante dichas situaciones, que se suman a otras que el Poder Judicial ha podido conocer, juzgar y sancionar en estos últimos años“.

⁷⁴ El Presidente del Partido Unión Demócrata Independiente, Senador Jovino Novoa, dió a conocer (www.lanacion.cl) una declaración de su partido en la que concuerda con „el espíritu con que el Presidente de la República ha enfrentado el informe de la comisión Valech y compartimos sus reflexiones sobre el profundo efecto reparador que tendrá para la sociedad chilena hacerse cargo de la verdad de lo ocurrido“, agregando que “Entendemos que no será fácil asumir la cruda realidad de lo vivido, pero ello será fructífero en la medida de que este informe sirva para sacar lecciones para el futuro y no para reavivar rencores”.

⁷⁵ Por lo mismo, como advertimos en la nota N° 2, las referencias a números de página sin otra indicación corresponden al texto reseñado y citado en ese lugar.

de algunas ramas las Fuerzas Armadas⁷⁶ ha sido invocada por algunos para señalar que, respecto a los crímenes contra la humanidad cometidos en Chile no cabría responsabilizar individualmente a quienes prepararon, ejecutaron o encubrieron las torturas cometidas⁷⁷.

2. Aunque es cierto que existió una época –superada ya a mediados del siglo pasado– en que se afirmó que el derecho internacional no podría tener efectos respecto de individuos particulares, sino sólo sobre Estados⁷⁸, ya es parte del *ius cogens* la afirmación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el proceso contra los principales criminales de guerra, en el sentido de que “los delitos contra la humanidad son cometidos por hombres y no por entidades abstractas, y sólo a través de la sanción de las personas individuales que los cometen pueden llegar a tener aplicación las prescripciones del derecho internacional que los prohíben”(p. 85)⁷⁹.

3. Luego, el hecho de ser la tortura masiva y sistemática un crimen contra la humanidad, perteneciente al derecho penal internacional, no excluye la responsabilidad individual de quienes la aplicaron. Es más, la existencia de responsabilidades personales por estos hechos no ha sido en ningún momento puesta en duda por nuestras Fuerzas Armadas⁸⁰, ni siquiera en el contexto de los reconocimientos de responsabilidades institucionales⁸¹.

⁷⁶ Cfr. la declaración del Comandante en Jefe del Ejército, cit., donde se señala: „El Ejército de Chile tomó la dura pero irreversible decisión de asumir las responsabilidades que, como institución, le cabe en todos los hechos punibles y moralmente inaceptables del pasado“. Por su parte, el General Director de la Policía de Investigaciones, reconociendo la verdad de los hechos y la existencia en los mismos de „prácticas institucionales“, agrega: „como Director General considero necesario asumir dichas verdades de la historia social de nuestro país y, consecuentemente, solicito el perdón de todos los compatriotas“.

⁷⁷ La alegación que, en estricto rigor se refiere a varios procesos sometidos al derecho interno y no al internacional, corresponde al abogado defensor del brigadier (r) Miguel Krassnoff Martchenko, Luis Valentín Ferrada, quien insiste “en afirmar que las responsabilidades de las violaciones a los derechos humanos que se cometieron durante el régimen militar son institucionales, hecho que queda de manifiesto con la reciente declaración del actual comandante en jefe del Ejército, general Juan Emilio Cheyre”, según la información de prensa de www.emol.com (18.11.2004).

⁷⁸ Cfr. Benadava, op.cit., p. 109ss, 212s.

⁷⁹ El fallo citado cita, a su vez, la jurisprudencia de la Corte Suprema americana que, en conformidad a lo señalado Supra II.6.b, conoce desde antiguo de asuntos propios del derecho internacional, y particularmente, del derecho de guerra.

⁸⁰ Particularmente enfáticos en este punto han sido el Comandante en Jefe de la Armada y el General Director de Carabineros. Para el Almirante Jorge Vergara (Declaración Pública de 30.11.2004, cit.), “nadie podría desconocer que en Chile se violaron gravemente los Derechos Humanos y la dignidad de muchas personas inocentes, por parte de Agentes del Estado”, y que “en este contexto, algunos miembros de la Armada, desviándose de la recta doctrina, también participaron en estos luctuosos hechos, particularmente durante los primeros meses inmediatamente posteriores al 11 de Septiembre de 1973”, agregando que „no podemos sino reconocer que en la cadena jerárquica de quienes estaban encargados de los procesos de interrogación, hubo personas y mandos que cometieron, autorizaron o simplemente permitieron que en los recintos de detención a su cargo ocurrieran tan lamentables hechos“, pero remarcando que „tales responsabilidades en lo ético y lo penal son estrictamente individuales“. Por su parte, el General Director de Carabineros, en su citado Comunicado Oficial de 30.11.2004 señala enérgicamente que „Carabineros repudia que personal de sus filas tuviese participación en casos de violaciones a los derechos humanos, donde se cuentan personas que ejercían el mando jerárquico y que tuvieron responsabilidad por acción u omisión“.

⁸¹ En su ya citada declaración el General Juan Emilio Cheyre, señala: „El Ejército de Chile [...] ha reconocido en reiteradas oportunidades las faltas y delitos cometidos por personal de su directa dependencia; las ha censurado, criticado públicamente y ha cooperado permanentemente con los tribunales de justicia para, en la medida de lo posible, contribuir a la verdad y a la reconciliación“. Por su parte, el Alto Mando de la Fuerza Aérea atribuye esta

b) Principio de culpabilidad personal

1. La aplicación de este principio, consecuencia del de responsabilidad, supone la “acreditación en el proceso de la respectiva culpabilidad personal”, esto es, que como declaró el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, la responsabilidad penal internacional es personal y, por tanto, que la declaración de una de las organizaciones nazis como criminales (S.S., GESTAPO y la Dirección del Partido Nazi), debía ir aparejada con “la seguridad” de que con el sólo mérito de esa declaración “no se condenarán a personas inocentes” (p. 86) ... “la mera pertenencia [a una organización declarada criminal] no conduce, con el sólo mérito de esa declaración, a una sanción penal internacional” (p. 103)⁸².

2. En el caso chileno, esto supone, como no puede ser de otra manera, separar el grano de la paja, y que, naturalmente, no puede hacerse una ecuación del estilo “fulanito fue miembro del gabinete del gobierno militar [del mando o personal de las fuerzas armadas/ del poder judicial] en el tiempo que se cometieron tales hechos, fulanito debe ser condenado”. En todos los casos debe distinguirse entre la participación como miembro con capacidad de decisión y actuación, y demostrarse procesalmente su culpabilidad personal, esto es, que se cumplen a su respecto los presupuestos objetivos y subjetivos para la imputación del delito en cuestión.

c) Presupuestos objetivos

a') Principio de causalidad natural

1. La determinación de la vinculación existente entre la conducta del acusado y los resultados producidos, que en nuestro caso incluyen la práctica misma de la tortura y sus consecuencias directas e indirectas⁸³, se resuelve, tratándose de esta clase de delitos cometidos de manera sistemática y masiva, con la regla de la simple causalidad natural, esto es, de la conocida *conditio sine qua non*⁸⁴, sin que se hayan reconocido importantes límites normativos a la misma, conforme a la doctrina dominante en el ámbito del common law, donde, al igual que en Nuremberg, estos problemas se resuelven en sede procesal, esto es, a través de la prueba de la existencia de una planificada y sistemática maquinaria de destrucción masiva de personas (p. 87). Así particularmente se falló en el proceso US v. Pohl y otros, respecto del mencionado Pohl (encargado del economato general de las SS), que sus actividades –“operar y mantener una gigantesca empresa, cuyo resultado fue la muerte injusta de millones de obreros esclavos, provenientes de los territorios ocupados y prisioneros de guerra”– habían “constituido parte integral de

responsabilidad personal, en su también ya citado comunicado de 1.12.2004, „a los mandos, quienes tienen la obligación moral y legal de velar para que la Institución no se aparte nunca de la finalidad para la cual fue creada“.

⁸² De hecho, contra las críticas de imparcialidad a las que se sometió el juicio de los principales responsables de los crímenes de guerra, lo cierto es que éste concluyó con tres absoluciones, a pesar de la presión mediática y emocional del momento, lo que suelen soslayar muchos críticos de este juicio, entre los que destacan Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 1253ss y Jescheck/Weiged, op. y loc. cit., ambos con abundantes referencias.

⁸³ Sobre éstas, véase el Informe, pp. 585ss.

⁸⁴ Esto es, el principio según el cual se puede considerar causa de un evento toda condición que de, eliminarse hipotéticamente, conduciría a que dicho evento no se produzca. Con relación al derecho penal chileno y los delitos de resultado, ver las limitaciones y críticas de esta fórmula, junto con nuestra propuesta de reemplazo basada en la teoría de la imputación objetiva, en Politoff/Matus/Ramírez, *Parte General*, p. 176.

la malvada maquinaria de destrucción humana”, pues sin esa organización económica (la “maquinaria”), los crímenes denunciados “no habrían sido posibles”.

2. Evidentemente, se trata aquí de una comprensión de la responsabilidad penal internacional que va más allá de la de los meros ejecutores de los actos calificables como crímenes contra la humanidad, en nuestro caso, de las torturas descritas en el Informe Valech. Para el caso chileno, la cuestión a plantearse sería la responsabilidad de quienes habrían constituido parte de nuestra propia maquinaria de destrucción masiva. En los términos del Informe, esta maquinaria se inserta en lo que allí se denomina “el contexto básico para la mejor comprensión de la represión política verificada durante el régimen militar, considerando que ésta tuvo lugar, cobró impulso y pudo prolongarse debido a una serie de factores de índole social, política, institucional, jurídica y cultural”⁸⁵.

De los “factores” a que hace referencia el Informe Valech, dos tienen la suficiente entidad para considerarse en sí mismos nuestra propia “maquinaria de destrucción humana”: los llamados Consejos de Guerra y los Aparatos de Seguridad (DINA, CNI, principalmente).

3. Responsabilidad causal de fiscales y miembros de los Consejos de Guerra.

Los Consejos de Guerra, cuya instalación y funcionamiento carecían de claros fundamentos jurídicos⁸⁶, “fueron empleados” inmediatamente después de producido el golpe de estado el 11.09.1973 y hasta fines del mismo año, “para acciones represivas”. En ellos, “los fiscales ... representaron un eslabón más en la cadena de los agentes represores”, pues “se limitaron a recibir y a consignar antecedentes contrarios a los inculcados, omitiendo toda actuación o diligencia que pudiera beneficiarlos y exculparlos ... [y] se conformaron con interrogatorios realizados por funcionarios desvinculados de los tribunales militares, en recintos ajenos a los mismos y mediante apremios que extraían confesiones ajustadas a los requerimientos de los torturadores” ... [de este modo] “actuando con sistemático descuido de la imparcialidad del debido proceso, los fiscales permitieron y aun propiciaron la tortura como método válido de interrogatorio”, y lo mismo “puede decirse de otros miembros de los tribunales militares que –es el caso de los auditores– privilegiaron la misión punitiva de los mismos”⁸⁷.

Por lo tanto los fiscales y los miembros de los Consejos de Guerra, así como los auditores correspondientes, podrían ser considerados causalmente responsables de las torturas cometidas con ocasión del funcionamiento de estos muy especiales “tribunales”.

4. Responsabilidad de los organizadores y miembros de los “Aparatos de Seguridad”. En particular, DINA y CNI.

La DINA fue creada mediante D.L. N° 521 de la Junta de Gobierno de 14.6.1974, como continuadora de la comisión organizada por la Junta de Gobierno con ese mismo nombre en noviembre de 1973 y, bajo la dirección del Coronel Manuel Contreras

⁸⁵ Informe, p. 169.

⁸⁶ No entraremos a analizar aquí las irregularidades legales cometidas en la constitución y funcionamiento de tales Consejos (cfr. al respecto, con detalle, Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación: Informe, vol. 1, Santiago, 1991, p. 79).

Sepúlveda, luego ascendido a General, “encabezó la represión hasta el momento de su disolución, en 1977”:

“En sus inicios contó con personal procedente de todas las ramas de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, y en cuanto primer organismo de inteligencia del gobierno en su conjunto, tuvo a su disposición un volumen de recursos que le permitió una capacidad operativa muy superior a la mostrada por sus congéneres... en su tarea buscó eliminar sistemáticamente a las personas que intentaban rearticular clandestinamente partidos o los movimientos señalados, según la lógica del enemigo interno, con el estigma del marxismo: prioritaria pero no exclusivamente, el MIR y los partidos Socialista y Comunista. Sus cuadros dirigentes, sus militantes y colaboradores, todos agrupados en la categoría del "extremista", pasaron a ser las principales víctimas de una represión más selectiva que la precedente, aunque en ningún caso menos despiadada. Con frecuencia la tortura culminó en muertes y, a menudo, en desaparición. A veces, bajo la presión de la tortura y las amenazas de muerte, el militante se convertía en colaborador.”⁸⁸

La CNI fue la continuadora “legal” de la DINA, heredó su personal, recintos e instalaciones y hasta su primer Director (D.L. N° 1.878 de 13.8.1977). Creada tras la disolución de la DINA por las implicaciones internacionales derivadas del asesinato en Washington del ex Canciller Orlando Letelier, quedó facultada para “arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles” (y hasta por 20 días en ciertos casos). Como señala el Informe Valech: “verificado el arresto en recintos secretos, no debe sorprender que la mayoría de los afectados hayan sido torturados”:

“Entre el 17 de julio y el 31 de agosto de 1977 “de las 37 personas que permanecieron detenidas por más de cinco días, 22 denunciaron –o, más bien, se atrevieron a denunciar– apremios ilegítimos. De este modo, con el resguardo de la sanción oficial, se fueron estableciendo condiciones jurídicas favorables a la práctica selectiva pero sistemática de la tortura como uno de los métodos de gobierno al servicio de una dictadura. No fue ésta la única forma de cobertura legal otorgada a las actividades de la CNI. Cuando sus agentes tuvieron que comparecer ante los tribunales, lo hicieron con identidades falsas o “chapas”, medida precautoria para la preservación de sus funciones y tareas, además de su impunidad. O bien, agentes bajo investigación judicial eran transferidos a lugares distantes por sus mismos superiores, a fin de dificultar o impedir su comparecencia ante los tribunales”⁸⁹.

Como puede apreciarse, estos “aparatos de seguridad” constituyeron empresas perfectamente organizadas para aplicar sistemáticamente tortura (“la maquinaria de destrucción humana”), como un mecanismo propio y rutinario de actuación. Por tanto, sus organizadores (la Junta de Gobierno que dictó los D.L. que “legalizaron” su funcionamiento) y sus miembros que aplicaron las torturas, señalaron personas para ser torturadas, o mantuvieron la estructura administrativa y logística de los mismos,

⁸⁷ Informe, p. 177.

⁸⁸ Informe, p. 196.

⁸⁹ Informe, p. 197.

podrían considerarse causalmente responsables, a la luz del derecho penal internacional, de tales crímenes contra la humanidad.

Además, es necesario destacar que mientras la DINA era un “organismo militar” que “dependía directamente de la Junta de Gobierno” (según del D.L. 521), pero en los hechos, lo era del propio Augusto Pinochet como Presidente de la misma⁹⁰, la CNI “se vinculó al Gobierno a través del Ministerio del Interior”⁹¹, de donde quienes ejercieron dicha cartera de Estado entre agosto de 1977 y febrero de 1990 pueden llegar a ser considerados también como causalmente responsables de dichos crímenes contra la humanidad.

b') Formas de participación

1. Desde un punto de vista general, la jurisprudencia de Nuremberg adoptó una especie de teoría unitaria de autor⁹², haciendo responsables por igual a quienes hubieran participado de cualquier forma, con conocimiento de lo que hacían, en la comisión de los graves crímenes contra la humanidad denunciados –ordenándolos, ejecutándolos, aprobándolos mediante conductas activas o por medio de la omisión–, tal como se resuelve el problema en el common law (p. 92s)⁹³.

2. Es en este punto donde los procesos de Nuremberg –particularmente los 12 llevados adelante con posterioridad al de los principales responsables de los crímenes de guerra⁹⁴–, nos permiten aclarar, para nuestra realidad, el significado, desde el punto de vista del derecho penal internacional, de lo que la Comisión Valech denominó el “contexto” en que se hizo posible la práctica en Chile de la tortura masiva y sistemática, esto es, la “serie de factores de índole social, política, institucional, jurídica y cultural” que la permitieron o favorecieron. Dos de esos factores analizaremos a continuación: la responsabilidad de los colaboradores con el Gobierno Militar en la instauración de una “maquinaria legalizada” de represión y la actuación de los tribunales de justicia.

3a. Colaboración en la creación de una “maquinaria legalizada” de aplicación de las torturas masivas y sistemáticas cometidas en Chile. Según se consigna en el Informe Valech, “la prisión política y la tortura constituyeron una política de Estado del régimen militar, definida e impulsada por las autoridades políticas de la época, el que para

⁹⁰ Informe, p. 196. Allí se agrega que la DINA “Contribuyó poderosamente al afianzamiento del poder personal del general Pinochet, liderando la “guerra contra el marxismo”, pero también neutralizando a sus posibles rivales al centro del propio régimen militar.”

⁹¹ Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, op. cit., p. 68.

⁹² Sobre la aplicación de esta teoría a los sistemas penales nacionales, Cfr. Politoff/Matus/Ramírez, *Parte General*, cit., p.396.

⁹³ Al que ayuda o induce se le imputa el hecho del principal, no su ayuda o inducción a éste. Aunque el „*accomplice*“ anglosajón abarca todos los casos que nosotros comprenderíamos en los arts. 15 y 16 Cp (y muchos más, como el simple „animar“ o „aconsejar“), no alcanza a nuestro encubrimiento „*accessory after the fact*“ (Cfr. Dressler, op.cit., p. 410). Sin embargo, en la jurisprudencia de Nuremberg se consideró a este encubridor igualmente responsable (Ambos, op. reseñada, p. 93, nota 92), al no existir en el Estatuto específicamente un delito de obstrucción a la justicia internacional.

⁹⁴ Estos procesos fueron conducidos únicamente ante Tribunales Militares Americanos, en aplicación de la Ley del Consejo de Control N° 10 (LCC 10) de 20.12.1945, cuyo art. II. 1.c) ya no exigía expresamente la conexión entre los crímenes contra la humanidad y la existencia de una guerra, como aparecía en el art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg. El texto de la LCC 10 puede consultarse en Ambos, op. reseñada, p. 887s.

su diseño y ejecución movilizó personal y recursos de diversos organismos públicos, y dictó decretos leyes y luego leyes que ampararon tales conductas represivas⁹⁵. Desde luego, entre tales “decretos leyes” y “leyes” se cuentan los que permitieron el establecimiento de los Consejos de Guerra y los que crearon la DINA y la CNI, así como los que le otorgaron las especiales facultades que permitieron la perpetración masiva y sistemática de la tortura en Chile.

“El gobierno [militar] también contó con un marco legal que instauró condiciones jurídicas adecuadas a la represión. Tradicionalmente, los estados de excepción constitucional limitaban las garantías individuales y los derechos fundamentales de las personas. El régimen militar intensificó estas restricciones, ya de por sí severas, incorporándolas a su institucionalidad. Relativizando el principio de temporalidad, se instauró la posibilidad de sucesivas prórrogas, lo cual permitió prolongar los estados de excepción durante casi todo el régimen militar. También se ampliaron las causales que permitían invocar la oportunidad de esos estados, cuya pertinencia quedaba librada al criterio y a la conveniencia de las autoridades; como ejemplo, el Decreto Ley N° 640 de 1974 sustituyó la causal de “conmoción interior” por “conmoción, cualquiera que sea su naturaleza”. Por otra parte, numerosas leyes tuvieron carácter de secreto, que obligaba sin embargo a quienes las desconocían... Además, tanto en los años setenta como en los años ochenta, acciones lícitas fueron tipificadas como delitos, con vistas a perseguir quienes denunciaban los atropellos a los derechos humanos e integraban la oposición pacífica al régimen, al tiempo que se aumentaban las penas de delitos preexistentes. Desde 1973, participar en actividades vinculadas a los partidos y movimientos de izquierda, transformados en “asociaciones ilícitas”, pasó a constituir un delito contra la seguridad del Estado que costó la prisión política (en general acompañada de tortura) a numerosas personas concurrentes a esta Comisión ... También, en octubre de 1983, frente a las jornadas de protestas nacionales, se dictó la ley 18.252 para sancionar penalmente -con penas de presidio, relegación o extrañamiento- a los dirigentes de las organizaciones sociales y políticas opositoras, definidos allí como “los que sin autorización fomenten o convoquen a actos públicos colectivos en calles, plazas y demás lugares de uso público y los que promuevan o inciten a manifestaciones de cualquier otra especie que permitan o faciliten la alteración de la tranquilidad pública”⁹⁶.

Naturalmente, tales “decretos leyes” y “leyes” no se dictaron solos ni fueron obra exclusiva de los cuatro miembros de la Junta de Gobierno ni mucho menos del General Pinochet. La ideación y elaboración de tales “decretos leyes” y “leyes” que ampararon la práctica de la tortura habrá sido compartida con algunos de los asesores de la Junta de Gobierno y con algunos de los miembros del Gabinete de la época, Ministros y Subsecretarios que eventualmente no eran subordinados militares de Presidente, sino personal civil que entusiastamente colaboraba con el régimen militar. ¿Serían tales funcionarios responsables de un crimen contra la humanidad de estar conscientes del efecto de sus actos?

⁹⁵ Informe, p. 192.

⁹⁶ Informe, p. 202.

La regla general sobre esta forma de participación la sentó el Tribunal Militar Internacional afirmando: “Hitler no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Tuvo que tener la cooperación de hombres de estado, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocios. Cuando ellos, con conocimiento de sus propósitos, le dieron su cooperación, se hicieron parte del plan que él había iniciado. No deben ser reputados inocentes porque Hitler los utilizó, si ellos sabían lo que estaban haciendo”⁹⁷. Mutatis mutandi, este principio es aplicable a todo crimen contra la humanidad (p. 92s), y naturalmente, de él resultaría la responsabilidad de quienes, con conocimiento de causa, colaboraron como “hombres de estado” (Ministros, Subsecretarios, Asesores de alto nivel) contribuyeron a la creación del marco legal que favoreció la aplicación masiva y sistemática de la tortura en Chile.

3b. Colaboración en la creación de un “mecanismo legalizado” de encubrimiento de las torturas masivas y sistemáticas cometidas en Chile. En cuanto a quienes participaron en la elaboración del D.L. N° 2.191 de 1978, mal conocido como “Ley de Amnistía”, obviamente, su enjuiciamiento desde el punto de vista del derecho penal internacional no tiene relación con la disputa interna acerca de su vigencia respecto de hechos punibles conforme a la ley nacional –la que al menos en un par de casos ha sido desestimada por nuestra Corte Suprema⁹⁸–, sino con su pretendido efecto respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en el período que cubre.

“Esgrimid[o] por sus partidarios como un elevado aporte a la pacificación de una sociedad dividida en el pasado, en la práctica buscaba preservar en la impunidad las anteriores violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado o personas a su servicio, aun cuando ese fin también haya supuesto beneficios para personas identificadas con el gobierno de la Unidad Popular o la disidencia política. El ministro del Interior de la época, al referirse a esta ley en un discurso pronunciado el 15 de junio de 1978, definió cuál era la posición oficial respecto a los “excesos” previos y a sus responsables: “Es necesario que el país comprenda que derrotar una subversión violenta y organizada, [...] constituye un desafío que ha exigido la acción constante, abnegada y preventiva de los organismos de seguridad, en términos que ella no puede ser enjuiciada pretendiendo aplicarle criterios propios de un época de normalidad”⁹⁹.

Al respecto, ya en 1925 la Corte Internacional de Justicia de la Haya había resuelto que “nadie puede ser juez de sus propios actos” y, conforme a este principio, al Art. II. 5 de la LCC 10 dispuso que no podía alegarse como defensa en los juicios contra los nacionalsocialistas las amnistías y cualquier excepción de punibilidad otorgadas por el régimen Nazi, fuentes que “en realidad, hacen evidente que el derecho internacional no reconoce en principio las auto amnistías decretadas por los ex gobernantes o dictadores”¹⁰⁰.

⁹⁷ Ambos, *El Nuevo Derecho Penal Internacional*, cit., p. 320.

⁹⁸ SSCS 11.3.1998 y 9.9.1998 (en Revista *Gaceta Jurídica* 213, p. 155 y 219, p. 122, respectivamente). Cfr. también Guzmán D., José Luis: „Comentarios al art. 93 Cp“. En Politoff/Ortiz/Matus: *Texto y Comentario del Código Penal*, t. I. Santiago, 2002, p. 431s.

⁹⁹ Informe, p. 203.

¹⁰⁰ Ambos, Kai: *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª ed. Buenos Aires, 1999, p. 130. El fallo que se cita es el de la Opinión Consultiva sobre el Tratado de Luisiana (que regulaba las fronteras entre Irak y Turquía).

Esta clase de “leyes” parecen constituir más bien, como se declaró en el proceso v. Weizsäcker et al. (Contra los funcionarios del gobierno Nazi), un acto de encubrimiento de los crímenes contra la humanidad cometido eventualmente por personas que, no siendo los responsables principales de los mismos, pueden considerarse “accesorios después del hecho”, esto es, “quienes lo encubren o dan falso testimonio con el propósito de darle protección al autor... suprimen pruebas o las crean para probar la inocencia del perpetrador” (p. 93, nota 92)¹⁰¹.

Respecto del caso chileno, ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que el D.L. 2.191 viola los Arts... 25, 1.1., 2 y 8.1 de la Convención de San José¹⁰². Por lo tanto, no siendo oponible este D.L. ante el derecho internacional, es posible concluir que sus autores intelectuales y quienes asesoraron a los miembros de la Junta de Gobierno desde la propia Junta o desde los Ministerios encargados de su redacción, de haber estado conscientes del efecto de esta suerte de “encubrimiento legal”, podrían ser responsables de los crímenes contra la humanidad que de esta manera se encubrieron de hecho.

4a. La actuación de los tribunales de justicia. Los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia. El día 13 de septiembre de 1973, un Pleno de la Corte Suprema ratificó la Declaración Pública que su Presidente, Enrique Urrutia había dado a conocer el día anterior, manifestando su “más íntima complacencia” con las nuevas autoridades¹⁰³. El sábado 15 de ese mismo mes apareció en el diario La Tercera el comunicado de la Junta de Gobierno sobre el nombramiento de los Consejos de Guerra que, inmediatamente comenzaron su trabajo represivo (Cfr. Supra V.I.b),aa) 3). El 1 de marzo de 1974, en su discurso inaugural del Año Judicial, Enrique Urrutia Manzano afirmó:

"El Presidente [de la Corte Suprema,] que habla se ha podido imponer de que gran parte de los detenidos, que lo fueron en virtud de las disposiciones legales que rigen el estado de sitio, han sido puestos en libertad. Otros se encuentran procesados en los juzgados ordinarios o militares, y con respecto a aquellos que se encuentran detenidos en virtud de las facultades legales del estado de sitio en vigencia, se hace un esfuerzo para aliviar su situación de detenidos y clarificar cuanto antes su participación en actividades reñidas con la ley. Es de desear que este esfuerzo

¹⁰¹ Otra cosa es la dictación, una vez hecha efectiva la responsabilidad penal internacional de reducciones de condena o indultos por parte de las autoridades legítimas, particularmente si provienen de los cuerpos legislativos democráticamente electos (Ambos, *Impunidad*, cit., p. 145). De hecho, el propio Waizsäker vió reducida su condena de siete a cinco años de prisión por la gracia del Alto Comisario Americano para Alemania Occidental, en resolución de 12.12.1949 y otros por los indultos de 31.01.1951 (las fundades críticas que a estos indultos hace Jiménez de Asúa, op. cit., p. 1207, no parecen sino confirmar lo exagerado de las que hice respecto a los procesos mismos). En ambos casos es posible afirmar que se trataba de formas de amnistías impropias, por afectar sólo las penas ya impuestas (Politoff/Matus/Ramírez, *Parte General*, cit. p. 575). Este no es el caso de nuestro criollo D.L. 2.191 de 1978, según ya se explicó arriba en el texto, al contrario de lo que opina la Presidenta del Consejo de Defensa del Estado, Szczaranski C., Clara: „El perdón social“, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 10 (2003), para quien si se aplica el D.L. 2.191 en la forma de amnistía impropia, esto es, para liberar de la pena a quienes resulten condenados por los delitos que pretende cumplir, no se infringiría ninguna disposición de derecho interno o internacional.

¹⁰² Informe CIDH N° 34/1996, párrafos 101ss.

¹⁰³ Matus A., Alejandra: *El Libro Negro de la Justicia Chilena*. Santiago, 1999, p. 224.

pueda terminar cuanto antes con la situación eventual en que se encuentran las familias afectadas”¹⁰⁴.

Y en el año siguiente insistió: “Este país adhirió en su oportunidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Chile, que no es tierra de bárbaros, como se ha dado a entender en el exterior, ya por malos patriotas o por individuos extranjeros que obedecen a una política interesada, se ha esmerado en dar estricto cumplimiento a tales derechos, y sólo se le podrá atribuir las detenciones expedidas ya en procesos legalmente tramitados o en virtud de facultades especiales dadas por el estado de sitio referido. En cuanto a torturas y a atrocidades de igual naturaleza, puedo afirmar que aquí no existen paredones ni cortinas de hierro; y cualquiera afirmación en contrario se debe a una prensa proselitista de ideas que no pudieron ni podrán prosperar en nuestra patria”¹⁰⁵.

En 1978, el entonces Presidente de la Corte Suprema, Israel Bórquez, declaró: “¡Los desaparecidos ya me tienen curco!”¹⁰⁶. Entre tanto, casi cinco mil recursos de amparo o habeas corpus se habían presentado ante las Cortes de Apelaciones, ninguno de los cuales fue acogido¹⁰⁷. “En otras palabras, la Corte Suprema no cumplió con el deber de proteger a las personas afectadas por la política represiva, enviando claras señales de pasividad y consentimiento. A la postre, la mayoría de los jueces declinaron hacer prevalecer el Derecho. La costumbre, todavía vigente en 1990, fue sancionar drásticamente los fallos y las actuaciones que disientían de su posición oficial de activa colaboración con la dictadura”¹⁰⁸.

“La resistencia de la magistratura a acoger los recursos de amparo privó a las víctimas de la represión de un crucial instrumento jurídico cuyo uso adecuado habría permitido hacer frente de forma más decidida a la tortura, a las dilatadas incomunicaciones que permitían prolongar su práctica, y a los arrestos en cárceles clandestinas donde los prisioneros quedaban a completa merced de sus captores, sustraídos a cualquier control por parte de la justicia. Sólo en Santiago, entre 1973 y 1989, el Comité Pro Paz y la Vicaría de la Solidaridad presentaron cerca de 9.000 recursos de amparo, por detención y preventivos, tanto individuales como masivos, que raramente fueron acogidos. Entre 1985 y 1989, por ejemplo, los tribunales de la capital acogieron apenas 28 recursos de amparo de los 2.357 presentados por la Vicaría de la Solidaridad, según consta en sus registros”¹⁰⁹.

No siendo el propósito de este trabajo un enjuiciamiento global de las actuaciones del Poder Judicial, sino de los entonces Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, cabe resaltar aquí que de lo que se trata es establecer si los hechos descritos, constatados ya en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de

¹⁰⁴ Íd., p. 230.

¹⁰⁵ Informe, p. 184

¹⁰⁶ Matus A., Alejandra, op. cit., p. 248.

¹⁰⁷ Íd. p. 264. El que se acogió, en favor de Carlos Contreras Maluje, rol 1020-76 nunca se pudo ejecutar por la negativa del Ministerio del Interior y del General Pinochet a reconocer que se trataba de un detenido en poder de la DINA. El kafkiano episodio se relata con detalle en Matus A., Alejandra, op. cit., pp. 259ss.

¹⁰⁸ Informe, p.185

¹⁰⁹ Informe, p.186.

1991¹¹⁰, podrían llegar a constituir una forma de participación –desde el punto de vista del derecho penal internacional–, en los crímenes contra la humanidad de torturas sistemática y masiva cometidos en Chile entre 1973 y 1990. Los terribles números no parecen dar la razón al alegato de la Corte Suprema en su respuesta a este Informe de la también llamada Comisión Rettig, en el sentido de que “como de 1974, por lo menos, y cada vez con más vehemencia y energía, esta Corte adoptó disposiciones que estimó a su alcance para poner coto a las irregularidades que se iban presentando”¹¹¹, las que resultaron a la postre en más de dos mil ejecutados políticos¹¹² y los casi 28.000 torturados de que da cuenta el Informe Valech. Tampoco la alegación de que respecto a las procesos iniciados contra los autores materiales de tales desapariciones y torturas “esta Corte tiene plena conciencia, por el contrario, que las causas se fallaron acordes con la realidad de autos y hasta donde se extendió su vigilancia y tutela, dicho principio se mantuvo incólume”¹¹³ parece acorde con el hecho de que “sólo la Vicaría de la Solidaridad, entre junio de 1978 y diciembre de 1989, presentó querellas por más de 1.300 casos de tortura en los tribunales, sin nunca obtener resultados satisfactorios”¹¹⁴.

“Si el miedo a las represalias desincentivaba las denuncias ante los tribunales por los afectados, la mala acogida a las mismas por parte de los tribunales también incitaba a la minimización de un problema cuya real envergadura superaba con mucho al número de las querellas [...] En ausencia de condenas de los tribunales, el Poder Judicial daba apariencias de honorabilidad al régimen militar, pues el gobierno insistía en negar la existencia de la tortura en Chile, no obstante las reiteradas condenas de organismos internacionales alusivas a atropellos a los derechos humanos”¹¹⁵.

Por las mismas razones, tampoco parece de recibo el alegato de que al menos hasta principios de 1974 los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia “carecían de información acerca de los atropellos que no habían sido denunciados a la justicia”¹¹⁶, aunque esta es una cuestión de hecho que debiera probarse caso a caso en un eventual juicio conforme al derecho penal internacional¹¹⁷.

En el proceso contra los juristas (US v. Alstötter et al.), el tercero de los que se siguieron por el Tribunal Militar Estadounidense en Nuremberg conforme a la LCC 10,

¹¹⁰ Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, op. cit., pp. 95-105.

¹¹¹ Acuerdo del Pleno de la Corte Suprema suscrito en Mayo de 1991, relativo al informe elaborado por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, anexado al de 10.12.2004 sobre el Informe Valech, cit., punto 3.

¹¹² Ejecutados que también fueron torturados previamente, como se destaca en Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, op. cit., pp. 769ss. Las cifras de esta comisión son las siguientes: víctimas de „agentes del Estado o personas a su servicio“: 1.068 muertos y 957 detenidos desaparecidos (p. 883).

¹¹³ Acuerdo del pleno de la Corte Suprema suscrito en Mayo de 1991, relativo al informe elaborado por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, anexado al de 10.12.2004 sobre el Informe Valech, cit., punto 7.

¹¹⁴ Informe, p. 188. Sobre estos procesos, se agrega: “también fue costumbre entre jueces ordinarios y militares abstenerse de individualizar a los hechos; no decretar apremios contra los funcionarios que rehusasen informaciones relevantes; no constituirse en el lugar de los hechos; no practicar reconstituciones de escenas; no tomar nota de los rastros o huellas, ni efectuar retratos hablados de los hechos; no citar a los testigos de los hechos denunciados por el denunciante, y abusar del secreto de sumario pretextando diligencias pendientes que, como nunca se cumplían, posibilitaban la prolongación indefinida de ese estado.”

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Acuerdo del pleno de la Corte Suprema suscrito en Mayo de 1991, relativo al informe elaborado por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, anexado al de 10.12.2004 sobre el Informe Valech, cit., punto 2.

¹¹⁷ Ambos, op. reseñada, p. 86.

se tuvo la oportunidad de examinar hechos similares. La acusación consistía en que los 16 acusados, jueces y funcionarios del Ministerio de Justicia Alemán, habían “participado conscientemente en un sistema organizado a nivel nacional de crueldad e injusticia, violando las leyes de la guerra y de la humanidad, en nombre de la ley y por la autoridad del Ministerio de Justicia, a través de la instrumentalización de los tribunales de justicia” (p. 94).

La cuestión radicaría entonces, en establecer en qué medida la actuación de determinados magistrados en las miles de causas particulares presentadas para impedir la comisión de actuales o futuras torturas (recursos de amparos y querellas contra los torturadores), podría decirse “consciente” de estar participando en el sistema legalmente organizado a nivel nacional que daba lugar a estos crímenes contra la humanidad (Supra 3a y 3b). Por cierto que la alegación de “cumplir las leyes vigentes” no tendría en este punto valor alguno, pues precisamente fue a través de esas leyes y decretos leyes que se estructuró el sistema nacional que permitió la práctica de la tortura al nivel escalofriantemente masivo que conocemos.

Luego, de acreditarse la participación consciente en tal “sistema nacional” por parte de un miembro de los Tribunales Superiores de Justicia, la conclusión acerca de su responsabilidad penal internacional podría ser similar a la expresada por el Tribunal de Nuremberg en el citado proceso contra los juristas: “quien persuade a otro para cometer un homicidio, quien le facilita el arma letal con ese propósito y quien jala del gatillo, son todos autores o cómplices del crimen” (p. 95).

4b. La actuación de los tribunales de justicia. Los fiscales y miembros de los Tribunales Militares en tiempo de paz y de las Cortes Marciales respectivas. Una vez que dejaron de funcionar los Consejos de Guerra, la judicatura castrense siguió su funcionamiento ordinario, con la sola diferencia de que sus competencias, gracias al sistema legalizado de favorecimiento de la represión (Supra 3a y 3b), fueron ampliadas enormemente. Por una parte, en cuanto a la “investigación” de los supuestos delitos contra la Seguridad del Estado y otros en que la judicatura militar podía procesar a civiles, “a continuación de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, las comunicaciones persistieron, y llegaron a prolongarse por más de dos meses, a causa de las prórrogas decretadas por los fiscales militares al plazo habitual de 20 días. Entre tanto, la persona incomunicada quedaba a disposición de los torturadores, con tiempo de sobra para ensañarse con sus víctimas y, luego, aguardar su aparente recuperación física”¹¹⁸. Y por otra, en cuanto a la investigación de las torturas denunciadas y cometidas por militares, “la justicia militar levantó una línea defensiva del sistema represivo: en su poder, las querellas por tortura se eternizaban o se rechazaban, resguardando jurídicamente a los violadores de los derechos humanos. De este modo, se eludió procesar a los miembros de los organismos de seguridad o de la policía inculpadlos por las denuncias de tortura, que de preferencia comenzaban a pesquisarse cuando los rastros más evidentes habían desaparecido, no pudiendo, así, acreditarse el delito”¹¹⁹.

Ante tales hechos, la responsabilidad personal de los fiscales militares y de los

¹¹⁸ Informe, p. 188.

¹¹⁹ Informe, p. 187.

miembros de los Tribunales Militares y de las Cortes Marciales respectivas que en esos casos particulares intervinieron no parece alejarse de las de los miembros de los ya mencionados Consejos de Guerra, respecto de todos los cuales parece aplicable la elocuente frase contenida en el fallo del caso *US v. Alstötter et al.* –uno de cuyos cargos más importantes era la ejecución por medio de los tribunales y del Ministerio de Justicia del Decreto de “Noche y Niebla” del Führer, conforme al cual se sustrajo de la justicia ordinaria a los acusados de actividades antialemanas en los países ocupados, permitiendo su traslado a Alemania para su posterior ejecución secreta ordenada por los denominados “tribunales del pueblo”–: “la daga del asesino se escondía bajo la toga del jurista” (p. 94).

c’) Responsabilidad por el mando y por la dirección de gobierno

1. Responsabilidad por el mando militar. Que la responsabilidad penal internacional puede afirmarse a partir de la doctrina de la responsabilidad por el mando en el ámbito militar, es algo más o menos indubitado en la doctrina internacionalista a partir del caso Yamashita, un comandante japonés en Las Filipinas cuyas tropas cometieron numerosos crímenes de guerra sin que él hiciera nada por impedirlo. La Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la condena a muerte de Yamashita en base a la comprobación de que su “injustificada indiferencia e indolencia en cumplir su deber como comandante para controlar las operaciones de los tropas bajo su comando, permitió que ellos cometieran brutales atrocidades” (p. 97, nota 117).

Entre nosotros, el punto no es discutido por las Fuerzas Armadas que en sus recientes han insistido en la existencia de la responsabilidad personal y de los mandos por el incumplimiento del deber que dio lugar a los luctuosos hechos dados a conocer por la Comisión Valech¹²⁰.

2. Responsabilidad de civiles por la participación en la dirección del gobierno. La cuestión es más sutil tratándose de la responsabilidad por el mando en el ámbito civil. En los juicios de Nuremberg el asunto no se debatió pues a los principales criminales de guerra se les sancionó en el proceso principal y respecto del resto de los jerarcas, cuando fueron sometidos a los procesos en virtud de la LCC 10, sus responsabilidades se derivaron básicamente de su pertenencia a las organizaciones declaradas criminales en el proceso principal (p. 103s). En cambio, el problema fue muy relevante ante el Tribunal Militar Internacional Para el Lejano Oriente, en el llamado proceso de Tokio, donde se juzgaron algunos ex ministros del gabinete imperial durante la guerra. Y al asunto es particularmente atinente a nuestra situación, pues el punto de partida de las acusaciones eran las torturas sistemáticas cometidas contra los prisioneros de guerra, procurándose establecer en qué medida los miembros del gabinete imperial habían cumplido o no con su “deber de cuidado de los prisioneros”. La cuestión, atendida la abrumadora evidencia existente acerca de dichas torturas derivó en determinar en qué condiciones podía decirse que los miembros del gabinete que las conocían, participaron de las mismas. Al respecto, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente señaló:

¹²⁰ Cfr. Supra V.I a).

“Un miembro del gabinete puede resignarse. Si él ha tenido conocimiento de los malos tratos aplicados a los prisioneros y no tiene poder para prevenirlos en el futuro, pero elige permanecer en el gabinete, de ese modo toma parte en la responsabilidad colectiva [del gabinete]... él voluntariamente asume la responsabilidad por todos los malos tratos en el que se cometan en el futuro” (p. 134).

En base a esta doctrina, se condenó al Primer Ministro Koiso y al Ministro de Relaciones Exteriores Shigemitsu. Lo interesante de este último caso es que su conocimiento acerca de los malos tratos y torturas a los prisioneros quedó demostrado por las numerosas notas de protestas que le enviaran en el transcurso de la guerra los aliados cada vez que se descubrían estas atrocidades (p. 135).

Miembros civiles de los gabinetes del régimen militar existieron desde su instauración. ¿Serían todos ellos personalmente responsables de las torturas masivas y sistemáticas cometidas en Chile por la dictadura militar? Según la doctrina antes reseñada, en la medida de que tuviesen conocimiento de dichas atrocidades y, aunque no tuviesen poder para impedir las directamente, podrían ser responsables si voluntariamente se mantuvieron en el gabinete tras conocer los hechos, respondiendo así por la suerte común de la empresa de gobierno que asumieron.

Al respecto, señala el Informe Valech que si bien es cierto no existió propiamente libertad de prensa en esos tiempos, ya a partir del año 1975 existieron moderadas críticas de los medios de prensa adictos al régimen militar, las que probablemente los miembros del gabinete no ignoraban¹²¹. La excusa de la ignorancia se hace más difícil de sostener por quienes se desempeñaron en las carteras de Relaciones Exteriores, Defensa, Justicia e Interior, básicamente porque a la primera llegaban los reclamos de los organismos internacionales, preocupados formalmente de las violaciones a los derechos humanos en Chile desde 1974¹²²; y porque en las dos últimas se fraguaban los “decretos leyes” y las “leyes” que establecieron nuestra propia “maquinaria de destrucción humana” (Supra bb) 3a y 3b), amén de recibir (y contestar) directamente el Ministerio de Interior, los oficios de los Tribunales de Justicia derivados de los miles de recursos de amparo interpuestos en la época¹²³.

Por las mismas razones antes señaladas, podrían considerarse como responsables de los crímenes contra la humanidad cometidos en Chile a quienes, desde sus puestos como funcionarios del gobierno militar en los Ministerios correspondientes, con conocimiento de causa, fueron responsables de que según el Acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de 10.12.2004, “frente a las repetidas denuncias de detenciones ilegales, desapariciones de personas, etc., los juzgados y las Cortes no contaron con la cooperación efectiva de los organismos o autoridades correspondientes y en la generalidad de los casos se ocultó información o no se proporcionaron los antecedentes fidedignos que se requerían para el debido ejercicio de la función jurisdiccional”¹²⁴

¹²¹ Informe, p. 206s.

¹²² Informe, p. 218.

¹²³ Matus A., Alejandra, op. cit., p. 266.

¹²⁴ Naturalmente, este hecho, denunciado por la Corte Suprema en el punto 5 de su Acuerdo de Pleno de 10.12.2004 antes citado, no exime de las eventuales responsabilidades de los propios miembros de los tribunales, como veremos más adelante.

3. Responsabilidad por omisión.

A través de lo señalado en los puntos anteriores, es evidente que en los casos en que la responsabilidad penal internacional se fundamente en la doctrina de la responsabilidad por el mando, la “responsabilidad por omisión es una lógica consecuencia” (p. 106), respecto de la cual no parece existir mucho que agregar, salvo que tal responsabilidad no se puede extender simplemente a los otros grupos de casos.

d) Presupuestos subjetivos

La responsabilidad penal internacional se fundamenta en el principio de culpabilidad personal y, por tanto, ha de exigir al menos el conocimiento del sentido de los actos y la voluntariedad del autor (p. 107s). El conocimiento ha de ser concreto y no general (p. 109). Esto es, no bastaría con que se acreditara que el carácter sistemático de las torturas aplicadas por los organismos de seguridad era “de conocimiento general”, sino que es necesario probar que el acusado conocía concretamente la práctica de dichas torturas, para lo que sería suficiente al menos un caso de referencia.

Con todo, en los procesos de Nuremberg quedó claro que bastaba con un “conocimiento mínimo” de tales hechos, por su propia naturaleza (p. 108).

En cuanto a la calidad de dicho conocimiento, se aceptó que bastaba con demostrar un “desconocimiento negligente”, esto es, que la persona responsable no quiso enterarse pudiendo hacerlo, algo cercano a lo que actualmente se denomina en el ámbito anglosajón ceguera intencional, esto es, el hecho de disponer las medidas para no enterarse de lo que realmente sucede o no aplicar los recursos que se tienen para ello, pudiendo hacerlo (p. 108s).

Evidentemente, esta es una cuestión de prueba en cada caso particular que, con los antecedentes que disponemos no podemos resolver respecto al caso nacional, salvo desde un punto de vista muy especulativo y general, basado en lo dicho en el apartado anterior: atendidas las denuncias tímidamente recogidas por la prensa y los permanentes reclamos de los organismos internacionales, es muy difícil pensar que el grupo dirigente del gobierno militar y los miembros cultos de los Tribunales de Justicia carecieran de este conocimiento.

2. Defensas

a) Prohibición de la retroactividad y violación del principio de determinación de la ley penal (internacional).

1. Violación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*¹²⁵. Las defensas de los principales responsables de los crímenes de guerra en Nuremberg alegaron en su favor que la prohibición del *nullum crimen sine lege* impediría su castigo por hechos declarados ilícitos *ex post facto*, mediante el Estatuto del Tribunal Militar Internacional. El Tribunal y toda la jurisprudencia posterior aceptaron como principio de la

¹²⁵ Esta es la gran crítica que subyace doctrinariamente a los Tribunales Internacionales de Nuremberg y Tokio ya desde los tiempos de Jiménez de Asúa op. cit., pp. 1271ss. Sin embargo, la forma de exposición de la crítica por este insigne jurista, basada en los principios del derecho penal nacional o estatal, no es compatible con la discusión acerca de su aplicación al derecho penal internacional, como ya señalamos Supra II.2..

justicia internacional la existencia de esta prohibición (particularmente en *US v. List et al*¹²⁶), pero al mismo tiempo declararon que respecto de los hechos sometidos a su conocimiento, no era aplicable. Así, respecto de los crímenes contra la paz –que aparecían como la mayor novedad en el Estatuto, dado que los crímenes de guerras tenían una larga tradición internacional desde los Convenios de Ginebra–, particularmente el inicio de una guerra de agresión, el Tribunal argumentó que ellos ya estaban prohibidos desde la celebración del Pacto Kellog-Briand del año 1928 (p. 111). En cuanto a los crímenes contra la humanidad, en *US v. Weizsäcker et al.*, el Tribunal declaró que “medidas de las que resultaron asesinatos, torturas, esclavización... son criminales per se” (p. 116)¹²⁷.

En definitiva, esto significa que la alegación del *nullum crimen sine lege*, no puede referirse a las leyes internas sino a las internacionales vigentes al momento de cometerse los crímenes¹²⁸. Al respecto, es evidente que las torturas y las ejecuciones políticas cometidas masiva y sistemáticamente en Chile ya eran punibles conforme al derecho interno (que en todo caso siempre ha castigado los secuestros [Art. 141 Cp], apremios ilegítimos [antiguo Art. 150 Cp], lesiones [Arts. 395ss Cp] y homicidios [Art. 391 Cp])¹²⁹. Y en cuanto a la tortura propiamente tal, ésta podía ya considerarse en 1973 un crimen contra la humanidad en conformidad al derecho internacional, como exige el Art. 15.1. PIDCP (cuyo propio Art. 7 la prohíbe expresamente), conforme a lo señalado Supra II.2: la tortura se considera crimen contra la humanidad ya desde el Estatuto de Nuremberg, y la exigencia de que ésta se cometiera en relación a una guerra, contenida en el Art. 6 c) de dicho Estatuto, ya no era parte del delito a la época de comisión de los hechos en Chile¹³⁰.

¹²⁶ „Una nación victoriosa no puede lícitamente establecer una legislación que defina un nuevo crimen para hacerla efectiva respecto de hechos que al momento de su comisión no eran ilícitos ... de allí se deriva que es obligación del tribunal determinar si los hechos de la acusación eran crímenes al momento de su comisión“ (Ambos, op. reseñada, p. 114, nota 230).

¹²⁷ En los casos más dudosos, los Tribunales de Nuremberg, reconociendo el principio de no retroactividad, declararon que, en todo caso, para establecer la existencia de las normas de derecho internacional debía tomarse en cuenta el carácter dinámico de éste y, por tanto, la capacidad „declarativa“ de las sentencias y convenciones.

¹²⁸ Así, expresamente H. Donnendieu de Vabres, juez francés del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y a quien a este respecto cita, sin criticar, el propio Jiménez de Asúa, op. cit., p. 1247.

¹²⁹ Y de allí se derivó la „necesidad“ de „encubrirlos“ mediante el ya criticado DL 2.191 de 1978 (Supra Vc)bb)3b).

¹³⁰ Ya en la propia LCC 10 de 1945 se eliminó este „requisito“, aspecto que es destacado especialmente por el Informe, p. 223, señalando que tal limitación era parte del derecho consuetudinario a la época y que se encontraba expresamente recogida en la Proclamación de Teherán de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968. La cuestión acerca de si Chile había suscrito o no tales declaraciones o si en ese momento se encontraba o no vigente en la legislación interna el PIDCP puede ser irrelevante pues es un hecho que el Estado Chileno ya estaba en su conocimiento con anterioridad al golpe de estado. En efecto, el Pacto fue adoptado el 16.12.1966 por Resolución de la Asamblea General 2200/XXI. El estado chileno lo ratificó constitucionalmente 10 de febrero de 1972. Sin embargo, debido a los acontecimientos de la época (en parte atribuibles al gobierno de la Unidad Popular, es cierto) esta ratificación no tuvo decreto promulgatorio sino hasta el 30.11.1976 (DS N° 778), y el régimen militar se tomó otros diez años para publicarlo en el Diario Oficial (abril de 1989), lo que parece parte del mecanismo de “legalización” de la tortura diseñado al efecto.

Tampoco la circunstancia de que la entrada en vigor del Pacto entre sus suscriptores se haya diferido hasta el 23.3.1976, según su art. 49, significa que las torturas no fuesen al año 1973 consideradas por el *ius cogens* como delitos contra la humanidad, pues como hemos señalado, tal hecho ya era punible conforme al Estatuto de Nuremberg, de 1945.

Por lo tanto, una alegación de esta clase parece carecer de base jurídica, respecto de las torturas masivas y sistemáticas cometidas durante el régimen militar, vistas como crímenes contra la humanidad.

2a. Violación del principio de determinación en la descripción de los crímenes contra la humanidad. Materialmente, no existe ley, ni siquiera en el derecho interno, que se encuentre perfecta y totalmente determinada, al punto de no precisar una necesaria interpretación y concreción en el caso concreto¹³¹. No obstante, en *US v. Karauch et al.* alegó la defensa que “los principios del derecho internacional existentes al momento de la comisión de los hechos de la acusación [la cooperación económica e industrial en la comisión de los crímenes contra la humanidad] no definían claramente los límites de lo que era permisible”, a lo que el tribunal contestó, basándose en que el derecho penal internacional comparte el carácter dinámico y consuetudinario de todo el derecho internacional, que un “razonable grado de incertidumbre” era aceptable (p. 114).

En lo que interesa para el caso chileno, el problema es menor, pues la tortura masiva y sistemática viene siendo reconocida como crimen contra la humanidad ya desde antes de los procesos de Nuremberg y Tokio¹³², tal como lo declaró la Corte de Casación francesa en el proceso contra Touvier, agregando que los crímenes contra la humanidad, por su pertenencia al derecho penal internacional, no necesitaban estar expresamente incorporados en el Código penal francés de 1992 (p. 197).

2b. Violación del principio de determinación de la medida de la pena aplicable. Nuestra Constitución, para efectos del derecho interno, establece estrictamente el principio de determinación de la pena aplicable en su Art. 19 N° 3¹³³. Aunque la cuestión no fue debatida en los procesos de Nuremberg, por contener tanto el Estatuto como la LCC 10 las penas a aplicar¹³⁴, se presentó ante el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso del Fiscal v. Erdemovic, alegando el acusado que el Art. 24 del Estatuto de dicho tribunal, al regular la determinación de la pena aplicable según “la praxis general”, infringía el principio de determinación de las mismas. Ante este alegato, la Cámara Superior del Tribunal declaró que tratándose de esta clase de delitos, ellos se encuentran amenazados con una grave pena y que nadie “podía contar” con lo contrario (p. 266).

Si se llegase a conocer por el Tribunal competente en Chile estos crímenes contra la humanidad, el problema de la pena aplicable surgiría inmediatamente, pues si bien no parece discutible el carácter criminal, desde el punto de vista del derecho internacional público, de la tortura masiva y sistemática aplicada en Chile durante el régimen militar, a falta de un Estatuto como los de Nuremberg, Tokio, del propio Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia o la LCC 10, la pena a imponer ha de hacerse conforme a los propios principios del derecho internacional. A mi juicio, ante tal indeterminación,

¹³¹ Politoff/Matus/Ramírez, *Parte General*, cit., pp. 107ss.

¹³² Cfr. Supra II.2.

¹³³ Cfr., con detalle, Politoff/Matus/Ramírez, *Parte General*, cit., pp. 93ss

¹³⁴ El Art. 27 del Estatuto de Nuremberg señalaba las de „muerte o cualquier otra pena que el mismo Tribunal considerara justa“, en tanto, mucho más detalladamente. El art. II. 3 de la LCC 10 señalaba las de muerte, presidio perpetuo o temporal (con o sin trabajos forzados), multa, confiscación y restitución de bienes, y la pérdida total o parcial de los derechos de ciudadanía.

tiene pleno valor el fallo de la Cámara Superior del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, pues “nadie puede contar” con que las atrocidades que se relatan con detalle en el Informe Valech, Cap. 5, no han de ser severamente sancionadas. Luego, atendida la gravedad de la ofensa, podrá el Tribunal determinar la pena tomando en cuenta precisamente la praxis general en el derecho internacional, reflejada con detalle en el mencionado Art. II.3 de la LCC 10 de 1945 y recogida en las que prevé el Estatuto de Roma en su Art. 77 el cual, como corresponde a la evolución humanitaria del derecho penal internacional, ha excluido del catálogo la pena de muerte¹³⁵.

b) Prescripción

1. La calidad de imprescriptibles de los delitos contra la humanidad se encuentra reconocida ya desde el Estatuto de Nuremberg¹³⁶, y naturalmente en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968¹³⁷. Luego, como crimen contra la humanidad, la tortura masiva y sistemática es imprescriptible conforme al derecho penal internacional. Sin embargo, como la citada Convención sobre la imprescriptibilidad de tales delitos no ha sido ratificada por Chile, podría alegarse una suerte de aplicación de la analogía in bonam partem para extender las reglas de prescriptibilidad del derecho interno a los crímenes cometidos en Chile, pero juzgados conforme al derecho penal internacional¹³⁸.

2. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho penal internacional, el que Chile haya suscrito o no esta Convención no es oponible a la norma de ius cogens que establece ese carácter a esta clase de delitos. En efecto, amén de las fuentes antes citadas, en su Preámbulo, la propia Convención sobre la imprescriptibilidad aclara que su función es únicamente reconocer o declarar la regla de derecho internacional ya existente, según la cual “en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”, y en su Art. I b)

¹³⁵ Art. 77. Penas aplicables. 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;
b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.”

¹³⁶ Cfr. Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal; la Resolución 488 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 1950, “Formulación de los principios de Nuremberg”; y las Resoluciones 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

¹³⁷ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

¹³⁸ Sobre estas reglas, cfr. Yuseff S., Gonzalo: *La prescripción penal*, 2ª ed. Santiago, 1994, *passim*.

remarca este principio al afirmar que “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido ... Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946”. Como lo señalara el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, esta convención es de “carácter simplemente declarativo [... pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”¹³⁹.

3. La cuestión se plantea también en la jurisprudencia analizada por el Prof. Kai Ambos, particularmente en el caso Barbie, seguido en Francia, por haber el acusado realizado “actos inhumanos y de persecución... cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas en razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también a quienes eran adversarios políticos”. El Tribunal de Casación francés declaró que esos hechos “constituyen crímenes imprescriptibles contra la humanidad, en el sentido del Art. 6 c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg” (p. 193). Por lo tanto, no afecta al principio de irretroactividad de la ley penal la aplicación de esta regla del derecho internacional, con independencia de que la fecha en que la ley francesa, para efectos del cumplimiento de los compromisos internacional de Francia, “reconoció la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad” (en este caso, el 26.12.1964) (p. 196)¹⁴⁰.

c) Error

1. La cuestión del error, sea de tipo o de prohibición¹⁴¹, tuvo alguna repercusión en los juicios de Nuremberg, sobre todo respecto del conocimiento de los planes de Hitler de emprender una guerra de agresión, aunque en los distintos procesos se tendió a mantener el principio *error iuris nocet* dominante en el derecho anglosajón (p. 115s), no sin alguna distinción.

2. Así, se admitió en *US v. List et al* que en la medida que el acusado hubiese tomado sus decisiones “dentro de los límites de juicio de una persona honesta, atendidas las condiciones prevalecientes en ese momento... puede haberse equivocado en el ejercicio de su capacidad de juicio, pero no es culpable de un crimen” (p. 116). Esta excusa —que podría corresponder tanto a un error de prohibición indirecto (el sujeto cree “honestamente” que en tales circunstancias existe una causal de justificación), como a un error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación (el sujeto, de acuerdo a

¹³⁹ Cuarto Informe Sobre el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398, de 11 de marzo de 1986, párr. 172.

¹⁴⁰ Fletcher, op. cit., p. 30s, agrega un argumento moral a esta discusión: es cierto que las personas tienen derecho a saber lo que está sancionado penalmente en el momento que deben decidir el curso de sus actos, pero no parece moralmente admisible sostener que ellos puedan „contar“ en ese momento con un cierto derecho a sustraerse de la acción de la justicia un tiempo determinado.

¹⁴¹ La discusión del contenido y alcance de estas categorías en el derecho interno, puede verse en Poltoff/Matus/Ramírez, *Parte General*, cit., pp. 256ss-327ss.

las circunstancias que “honestamente” conoce, cree que es aplicable una casual de justificación, siendo que tales circunstancias son diferentes en la realidad—, debe naturalmente probarse procesalmente y no basta el simple alegato de la defensa para ello (p. 116).

Es probable que esta excusa sea aplicable a muchos de quienes “honestamente” creyeron las palabras de los miembros del gobierno militar que afirmaban la necesidad de ciertas medidas que favorecieron la comisión de torturas (pero negando que esto ocurriera), para evitar un supuesto enfrentamiento nacional (el denominado Plan Zeta)¹⁴². Pero esta “honestidad” debiera ser acreditada en juicio y difícilmente podría alegarse por quienes, en razón de su cargo, puede presumirse que no tenían sino menos que conocer la verdad de la situación imperante en el país.

3. Por otra parte, respecto a quienes participaron conscientemente en la “legalización” de “maquinaria de destrucción humana” que operó en Chile, parece plenamente aplicable el fallo en el caso US v. Weizsäcker et al: “no puede aceptarse que ellos no conocieran que sus conductas en examen eran criminales... medidas de las cuales resultan asesinatos, torturas, esclavización... son actos que repulsan a la conciencia de todo hombre civilizado. Ellos son criminales per se” (p. 116).

d) Otras defensas. Remisión.

El texto del Prof. Dr. Ambos desarrolla otro grupo de defensas alegadas en los procesos seguidos en causas sobre derecho penal internacional, vinculadas principalmente con aspectos relativos a lo que nosotros denominamos inexigibilidad de otra conducta¹⁴³ y los americanos “duress”¹⁴⁴, siendo las principales de ellas la llamada obediencia debida (pp. 116s), el estado de necesidad exculpante (pp.119ss). Puesto que recientemente ha publicado entre nosotros la Presidenta del Consejo de Defensa del Estado una obra dedicada especialmente al tema, con un visión algo diferente de la que aquí se sostiene¹⁴⁵, creo necesario dedicar una próxima publicación precisamente a este aspecto, para poder analizar en detalle las diferentes posiciones planteadas, sobre todo por la importancia simbólica y jurídica que tiene en Chile la opinión del Consejo de Defensa del Estado en estas materias.

¹⁴² Informe, p. 170s.

¹⁴³ Cfr. Politoff/Matus/Ramírez, *Parte General*, cit., pp. 337ss.

¹⁴⁴ Cfr. Dressler, op. cit., pp. 259ss.

¹⁴⁵ Cfr. Szczaransky, Clara: *Culpabilidad y sanciones en crímenes contra los derechos humanos. Otra clase de delitos*. México y Santiago: FCE, 2004, *passim*.